This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

3 2044 103 197 430

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Pandekten

von

Heinrich Dernburg,
ordentlichem Professor des Rechtes an der Universität Berlin.

Ersten Bandes erste Abtheilung.

Allgemeiner Theil.

Sechste, verbesserte Auflage.

Unter Mitwirkung
von

Johannes Biermann,
ordentlichem Professor des Rechtes an der Universität Gießen.

Berlin 1900.
Verlag von H. W. Müller.

Alle Rechte vorbehalten.

Vorwort zur sechsten Auflage.

Noch einmal erscheinen Dernburgs Pandekten in neuer Gestalt. Manchem wird dies wunderbar vorkommen. Denn die alte Ueberlieferung ist abgebrochen, der Lehrvortrag über Pandekten, einst der Mittelpunkt der civilistischen Studien, das wichtigste Bildungsmittel für die Studirenden des Rechtes in Deutschland und für zahlreiche Nichtdeutsche ist verstummt. An die Stelle trat eine Vorlesung von zweifelhafter Bedeutung: „das System des Römischen Rechtes", welche in der Regel nichts Anderes bietet, als die dereinstigen Institutionen des Justinianischen Privatrechts. Soll doch schon im zweiten Semester des juristischen Studiums die Vorlesung über das B.G.B. beginnen, von welcher man verlangt, daß sie außer dem neuen Recht auch das Recht der Vergangenheit, in dem es wurzelt, gründlich lehrt und damit noch die Darstellung der sich erhaltenden landesrechtlichen Rechtsinstitute verbindet. Ein hohes Ziel, aber eine unmögliche Anforderung!

Weder das Recht der Vergangenheit, noch dasjenige der Gegenwart ist auf diesem Wege ausreichend zum Verständniß zu bringen. Das Recht des B.G.B. ist so schwierig, es ist so reich an besonderen Bestimmungen, es trägt so viele Streitfragen von praktischer Bedeutung in seinem Schoße, daß die Vorlesung über dasselbe, wenn sie nur einigermaßen den wissenschaftlichen Anforderungen und dem Zweck einer Vorbildung für die Praxis genügen soll, sich ganz und voll dem B.G.B. zuwenden muß, derart, daß sie zwar das Recht der Vergangenheit voraussetzt und auf dessen Kenntniß fußt, aber nicht erst die fehlende Grundlage herstellt.

Schon die kurze Erfahrung seit Erlaß der neuen Studienordnungen zeigt die Befürchtung als nicht unbegründet, daß oft in der Vorlesung über das neue bürgerliche Recht auf Fundamente gebaut werden muß,

welche bei den Hörern nur unsicher oder gar nicht vorhanden sind. Wohl wendet sich die Jugend mit Begeisterung dem neuen vaterländischen Rechte zu, aber leicht wird ihre Kraft erlahmen, wenn sie inne wird, daß ihr die Voraussetzungen fehlen, um des spröden Stoffes Herr zu werden.

Soll dies der dauernde Zustand bleiben? Wird sich der wissenschaftliche Sinn der Nation hiermit auf die Länge begnügen? Soll unsere Jugend an die Paragraphen des Gesetzes geschmiedet werden nach kümmerlicher Vorbildung? Die Aufgaben, welche das neue Recht an den deutschen Richter stellt, sind so unvergleichlich schwierige, so außerordentlich verantwortungsvolle, daß sie nur bei gründlichster Vorbildung auch nur annähernd gelöst werden können. Hierzu gehört aber eine genaue Kenntniß des römischen und gemeinen Rechtes, wie des deutschen Privatrechtes und ein Eindringen in deren Wesen und Geist.

Daß der Verfasser an einer günstigen Lösung nicht verzweifelt, zeigt die Veranstaltung der neuen Auflage dieses Buches.

Dasselbe ist dazu bestimmt, ein ernstliches Studium des Römischen Rechtes als eines der Grundelemente der Rechtswissenschaft und der menschlichen Kultur zu erleichtern und zu fördern. Nicht beim Justinianischen Recht bleibt es stehen. Sein Zweck ist auch, die Weiterbildung dieses Rechtes, wie sie sich im Mittelalter in gewaltiger Geistesarbeit anbahnte, zu berücksichtigen, und vor Allem die glänzenden Ergebnisse deutscher Wissenschaft und deutscher Praxis auf dem Gebiete des gemeinen Rechtes zur Darstellung zu bringen.

Damit kann sie aber auch eine geschichtliche und dogmatische Einführung in das B.G.B. geben, nicht so, daß es dessen Einzelheiten erörtert, aber uns dessen Wesen verständlich macht.

Als vor und nach Beginn des 19. Jahrhunderts die großen Gesetzbücher über Bürgerliches Recht in Kraft gesetzt wurden, sollte Wissenschaft und Lehre keineswegs hierbei stehen bleiben. Man gedachte sie durch das Naturrecht zu beleben, zu vervollständigen und zu vergeistigen. Nach der heutigen Auffassung hat das Naturrecht diese Zauberkraft nicht. Aber auch die Texte der Gesetze können nicht genügen. Man erwartet das Heil von den Präjudicien der Gerichte, welche in massenhaften Sammlungen, in zahllosen Büchern und Zeitschriften bald gewaltig anschwellen werden. Wer aber führt uns in dem Chaos der Präjudicien? Nur die leitenden Prinzipien, welche uns die geschichtliche Entwicklung des Rechtes zu erkennen lehrt, können uns die Beherrschung ermöglichen.

So ist es auch heute keine überflüssige Aufgabe, die Studirenden in die Wissenschaft des römischen und gemeinen Rechtes einzuführen, und auch der Praktiker wird hier Rüstzeug finden, um seines Berufs zu

warten. Vor Allem war es mir eine Freude, mich noch einmal in diesem Werk an die deutsche Jugend wenden zu können. Möge es auch unter veränderten Verhältnissen ein Echo finden.

Westend, 28. September 1899.

Heinrich Dernburg.

Vorwort zur ersten Auflage.

Den Jüngern und Freunden der gemeinrechtlichen Wissenschaft übergebe ich hiermit die ersten Theile einer Darstellung der Pandekten, die ich in kurzer Frist zu vollenden hoffe. Seit Jahren stand der Gedanke dieses Werkes vor mir. Aber zunächst nahm mich eine andere wichtige Aufgabe in Anspruch. Als diese im wesentlichen gelöst war, schien es mir kaum möglich bei der vielfachen Thätigkeit, die mir obliegt, Zeit und Kraft zu gewinnen, um eine Darstellung der Pandekten würdig zu vollenden.

Doch der Gedanke ist mächtiger geworden als die Bedenken, die ihm entgegenstanden. Sowie ich die Arbeit begonnen hatte, war ich durch sie gefangen. Welche Befriedigung, den Stoff, den ich oftmals vorgetragen hatte, nunmehr nach allen Richtungen mit gespannter Kraft durchzudenken, Zweifel zu lösen, welchen ich bisher nicht auf den Grund gehen konnte, Anschauungen feste Gestalt zu geben, die bisher nur unbestimmtere Umrisse bei mir hatten! Nicht wenige Grundgedanken konnte ich in meinem Buche über preußisches Privatrecht nur andeuten. Nun erst hatte ich Gelegenheit, sie näher zu entwickeln, hie und da richtiger zu bestimmen. Denn die Erörterung der Grundbegriffe kann zum großen Theile nur auf dem Boden des gemeinen Rechtes geschehen. Vor allem war mir wichtig, daß ich manches weiter ausführen durfte, was ich in meinen Vorlesungen über Pandekten nur kurz berühren konnte.

Der studirenden Jugend ist dieses Werk bestimmt. Gelingt es mir, sie im Studium zu fördern, so ist sein Ziel erreicht. Sollte auch der in der Praxis stehende Jurist in dem Buche Anregung und Unterstützung finden, so wäre dies hocherwünscht.

Dreierlei scheint mir erforderlich, damit ein Buch über Pandekten den Zweck der Förderung des wissenschaftlichen Studiums voll erreicht.

Ein solches Buch soll eine Anleitung zum gründlichen Studium des corpus juris civilis, insbesondere der justinianischen Pandekten geben. Sowie wir tiefer in dieses Werk einzudringen versuchen, scheiden sich die einzelnen Juristen, deren Aussprüche aufgenommen sind, scharf und bestimmt als Individualitäten. Auch dem Studirenden sollten wir die alten Meister des Pandektenrechtes in ihrer Eigenart vorführen; er soll die einzelnen — einen Celsus, Papinian, Paulus und viele andere — achten und verehren lernen. Um dies anzubahnen, sind in diesem Buche zahlreiche Kernsprüche der klassischen Juristen abgedruckt, keineswegs bloß um als Belegstellen für unsere Ausführungen zu dienen. Sie sollen dem Studirenden vertraut werden, wie die Worte unserer litterarischen Klassiker, sie mögen zu einem dauernden Besitz derselben werden. Und wenn er sich der trefflichen Aussprüche freut, so sollen ihm auch die Namen derer gegenwärtig sein, denen er sie verdankt. Aus diesem Grunde ist hier jedem vollständig abgedruckten Spruch der Name seines Urhebers beigefügt. So wird, wie ich hoffe, mancher angeregt, über das beschränkte Material, welches hier angeführt werden kann, hinauszugehen und die Quelle selbst in die Hand zu nehmen.

Die Pandekten sollen ferner nicht in einer dürren Dogmatik bestehen, die Rechtssätze, um die es sich hier handelt, haben eine Entwickelungsgeschichte, die über zwei Jahrtausende hinausreicht. In einem zusammenfassenden Werke kann dies nicht in das Detail hinein durchgeführt werden. Aber bei jedem Schritt sollen wir bewußt bleiben, daß wir auf historischem Boden stehen, daß es sich hier um die Geistesarbeit vieler Generationen handelt. Das Gewinnen dieser Anschauung ist das wichtigste Resultat, welches das juristische Universitätsstudium erzielen kann.

Aus dem historischen Rahmen muß endlich das praktische Recht breit und konkret hervortreten. Denn die Pandekten sind nicht eine bloß historische Lehre. Sie haben von jeher das System des geltenden Privatrechtes dargestellt. Diese Aufgabe müssen sie festhalten. Daher muß auch die Einwirkung des heutigen Reichsrechtes auf das System beachtet werden, nicht bloß hier und da in mehr dilettantischer Weise, sondern folgerecht und planmäßig. Dabei handelt es sich nicht um Anführung jeder Einzelheit, sondern um das, was für das System von einschneidender Bedeutung ist. Auch die Praxis des Reichsgerichtes ist in den Bereich der Betrachtung zu ziehen. Hier tritt die Bedeutung der theoretischen Sätze besonders lebhaft hervor. Es ist dies ein Element, welches, richtig gewürdigt, auch dem theoretischen Studium förderlich sein kann.

Neben der Geschichte und dem praktischen Rechte darf die Leuchte

der Philosophie nicht fehlen. Aber Herrin darf sie auf dem Gebiete des positiven Rechtes nach meiner Ansicht nicht werden.

Dies Buch ist nicht dazu bestimmt, die ausgezeichneten Werke zu verdrängen, die wir auf dem Gebiete des Pandektenrechtes von den bedeutendsten Juristen der Gegenwart besitzen. Insbesondere war nicht beabsichtigt, die Zusammenstellung der neueren Litteratur zu wiederholen, welche Windscheid in so vortrefflicher und fleißiger Weise giebt. Hier sollte vorzugsweise hervorgehoben werden, was für den Studirenden von besonderer Wichtigkeit ist.

Manche litterarische Erscheinung, die mir diesem Zweck nicht zu dienen schien, ist daher nicht erwähnt. Ich bitte, daraus nicht zu schließen, daß sie mir unbekannt blieb. Immerhin mag das eine oder andere übersehen sein. Es ist dies sicherlich nicht der einzige Mangel des Buches. Möchte ihm freundliche Aufnahme und nachsichtige Beurtheilung zu Theil werden!

Berlin, 3. März 1884.

Der Verfasser.

Inhaltsübersicht.

Einleitung.

Das gemeine Recht, seine Quellen und seine Litteratur.

Seite

§ 1. Bildung und Begriff des gemeinen Rechtes 1

Erstes Kapitel. Die Bestandtheile des gemeinen Rechtes.

§ 2. Uebersicht 4

I. **Das römische Recht.**

A. Die Reception des römischen Rechtes.

§ 3. Geschichte der Reception des römischen Rechtes 4
§ 4. Das Maß der Reception des römischen Rechtes 7
§ 5. Vorjustinianische und nachjustinianische Quellen 10

B. Das corpus juris civilis.

§ 6. Charakter der justinianischen Kodifikation 12
§ 7. Gesammtausgaben des corpus juris civilis. Citirmethode 13
§ 8. 1. Die Institutionen 15
§ 9. 2. Die Pandekten 16
§ 10. 3. Der codex constitutionum 19
§ 11. 4. Die Novellen 20

II. **Das kanonische Recht.**

§ 12. 1. Das corpus juris canonici 22
§ 13. 2. Die Reception des kanonischen Rechtes in Deutschland 24

III. **Die einheimischen Rechtsquellen.**

§ 14. Rechtsquellen vor der Stiftung des norddeutschen Bundes 25
§ 15. Die Gesetzgebung des norddeutschen Bundes und des deutschen Reiches . 27

Zweites Kapitel. Litteratur des Pandektenrechtes.

§ 16. Die civilistische Litteratur bis zum 18. Jahrhundert 29
§ 17. Naturrechtliche und historische Schule 34
§ 18. Die wichtigsten litterarischen Hülfsmittel 38

Seite

Erstes Buch. Allgemeine Lehren.

Erster Abschnitt. Recht im objektiven und im subjektiven Sinne.

Erstes Kapitel. Begriff des Rechtes im objektiven Sinne. Eintheilungen.

§ 19. Das Wesen des Rechtes im objektiven Sinne 41
§ 20. Civilrecht und prätorisches Recht. Jus civile, jus gentium und jus naturale 42
§ 21. Oeffentliches und privates Recht 44
§ 22. Klassifikation der Privatrechte 46

Zweites Kapitel. Entstehung und Außerkrafttreten der Rechtsnormen.

§ 23. Die rechtsbildenden Faktoren 50
§ 24. a) Gesetzgebung. Römisches Recht 51
§ 25. Gesetzgebung in Deutschland 53
§ 26. b) Gewohnheitsrecht. Allgemeine Natur 55
§ 27. Die Erfordernisse des Gewohnheitsrechtes 57
§ 28. Die Kraft des Gewohnheitsrechtes 60
§ 29. c) Gerichtsgebrauch 62
§ 30. Außerkrafttreten der Gesetze 64

Drittes Kapitel. Arten der Rechtsnormen.

§ 31. Zwingende Gesetze 66
§ 32. Nichtzwingende Gesetze 69
§ 33. Singuläres Recht. Historische Anomalien 70

Viertes Kapitel. Interpretation und Fortbildung der Rechtsnormen.

§ 34. Die Grundsätze der Interpretation 72
§ 35. Grammatische und logische Interpretation. Extensive und restriktive Interpretation 73
§ 36. Interpretation des corpus juris civilis. 77
§ 37. Authentische Interpretation 80
§ 38. Ergänzung der Rechtsnormen. Analogie. Natur der Sache 82

Fünftes Kapitel. Recht im subjektiven Sinne.

§ 39. Begriff. Der Anspruch 84
§ 40. Rechtsverhältniß und Rechtsinstitut 87
§ 41. Die Ausübung der Rechte 88
§ 42. Kollision der Rechte 90

Sechstes Kapitel. Zeitliche und räumliche Anwendungssphäre der Rechtsnormen.

A. Die Beziehungen neuer Gesetze zur Vergangenheit.

§ 43. Ausschließung der Rückwirkung 92
§ 44. Rückwirkende Gesetze 95

B. Internationales Privatrecht.

§ 45. Allgemeine Grundsätze 97
§ 46. Personalstatuten. Domicil 100

Seite
§ 47. Ortsrecht der belegenen Sache 103
§ 48. Andere Regeln des internationalen Privatrechtes. Forderungsrechte . . 104

Zweiter Abschnitt. Das Rechtssubjekt.

§ 49. Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit 107

Erstes Kapitel. Von den physischen Personen.

A. Die Existenz der physischen Personen.

§ 50. Beginn und Ende der Persönlichkeit 109
§ 51. Lebenspräsumtion. Todeserklärung 114

B. Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit der physischen Personen.

§ 52. Gewaltfreie und Gewaltuntergebene 117
§ 53. Die Altersstufen. Römisches Recht 118
§ 54. Altersstufen. Gemeines Recht 122
§ 55. Rechtsstellung der Frauen 124
§ 56. Geisteskranke 125
§ 57. Verschwender 127
§ 58. Bürgerliche Ehre. Ehrenminderung 129

Zweites Kapitel. Die juristischen Personen.

A. Allgemeines. Die Arten.

§ 59. Verhältniß der juristischen zur physischen Person 134
§ 60. Korporationen 137
§ 61. Gegensatz von Korporation und Gesellschaft 139
§ 62. Anstalten und Stiftungen 143

B. Entstehung und Ende.

§ 63. Begründung der juristischen Person 145
§ 64. Ende der juristischen Person 147

C. Rechtsverhältnisse der juristischen Person.

§ 65. Die Rechtsstellung der juristischen Person 149
§ 66. Repräsentation der juristischen Person 151

Dritter Abschnitt. Von den Rechtsobjekten.

I. Vermögen und Vermögensbestandtheile.

§ 67. Körperliche, unkörperliche Sachen 154
§ 68. Einheitliche und zusammengesetzte Sachen. Sachgesammtheiten und Sondervermögen 156

II. Die res extra commercium.

§ 69. 1. Verkehrsunfähigkeit aus allgemeinen Gründen 159
§ 70. 2. Res divini juris 161
§ 71. 3. Die öffentlichen Sachen 162
§ 72. Oeffentliche Wege 164

Seite

III. Arten der körperlichen Sachen.

§ 73. Flüsse, Seen . . . 166
§ 74. Immobilien und Mobilien . . . 168
§ 75. Vertretbare, verbrauchbare Sachen . . . 170
§ 76. Theilbarkeit der Sachen . . . 172
§ 77. Pertinenzen . . . 173
§ 78. IV. Frucht und Kapital . . . 176

Vierter Abschnitt. Rechtserwerb und Rechtsverlust.

Erstes Kapitel. Die Faktoren der Rechte im subjektiven Sinne.

§ 79. Die juristischen Thatsachen . . . 179
§ 80. Der Rechtserwerb . . . 181
§ 81. Succession. Abgeleiteter Erwerb . . . 183
§ 82. Das Datum der Rechte . . . 185
§ 83. Veränderung und Endigung der Rechte . . . 187
§ 84. Anerkennung und Genehmigung . . . 189
§ 85. Privilegien . . . 192

Zweites Kapitel. Rechtlich wichtige Momente der Thatbestände.

I. Unrecht. Irrthum.

§ 86. Objektives und subjektives Unrecht. Verschulden . . . 196
§ 87. Unwissenheit und Irrthum . . . 199

II. Zeit.

§ 88. Civilkomputation und Naturalkomputation . . . 202
§ 89. Die Civilkomputation im einzelnen . . . 204
§ 90. Tempus continuum und utile . . . 207

Drittes Kapitel. Die Rechtsgeschäfte.

1. Begriff. Arten.

§ 91. Begriff des Rechtsgeschäftes . . . 209
§ 92. Hauptarten der Rechtsgeschäfte . . . 213

II. Bestandtheile des Rechtsgeschäftes.

§ 93. Die Essentialien des Geschäftes . . . 216
§ 94. Bewegungsgründe . . . 217
§ 95. Die Zwecke der Vermögenszuwendungen . . . 218

III. Willenserklärung.

§ 96. Bedeutung der Willenserklärung . . . 221
§ 97. Formelle und formlose Geschäfte . . . 221
§ 98. Erklärung bei formlosen Geschäften . . . 224

IV. Willensmängel.

§ 99. Die Bedeutung des Willensmomentes . . . 227
§ 100. Simulirte, dissimulirte, fiduciarische Geschäfte . . . 230
§ 101. Geschäftsirrthum. Einleitung . . . 232
§ 102. Wesentlicher und unwesentlicher Geschäftsirrthum . . . 234
§ 103. Zwang . . . 238
§ 104. Betrug . . . 242

Seite

V. Nebenbestimmungen der Rechtsgeschäfte.

a) Bedingungen.

§ 105. Wesen der Bedingungen . . . 244
§ 106. Form und Arten der Bedingungen . . . 247
§ 107. Uneigentliche Bedingungen . . . 249
§ 108. Der Wille des Verpflichteten als Bedingung . . . 251
§ 109. Suspensivbedingungen. Schwebezustand . . . 253
§ 110. Die Entscheidung der Bedingung . . . 255
§ 111. Rechtsfolgen der Entscheidung . . . 257
§ 112. Resolutivbedingungen . . . 259

b) Zeitbestimmungen.

§ 113. Gewisse und ungewisse Zeit . . . 262
§ 114. Rechtliche Behandlung der Zeitbestimmungen . . . 263
§ 115. c) Modus. Voraussetzung . . . 266
§ 116. d) Allgemeines über Nebenbestimmungen . . . 269

VI. Stellvertretung.

§ 117. Begriff und Arten der Stellvertretung . . . 271
§ 118. Stellvertretung nach römischem Rechte . . . 273
§ 119. Die Stellvertretung nach gemeinem Rechte . . . 275

VII. Fehlerhafte Geschäfte.

§ 120. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit . . . 279
§ 121. Eidliche Bestärkung fehlerhafter Geschäfte . . . 283
§ 122. Konvalescenz fehlerhafter Geschäfte . . . 283

VIII. Behandlung der Rechtsgeschäfte.

§ 123. Auslegung . . . 284
§ 124. Beurtheilung nach Redlichkeit . . . 286

Fünfter Abschnitt. Der Rechtsschutz.

Erstes Kapitel. Selbsthülfe und Rechtshülfe.

§ 125. Selbsthülfe . . . 288
§ 126. Rechtshülfe . . . 291

Zweites Kapitel. Die Klagerechte.

§ 127. Begriff des Klagerechtes . . . 294
§ 128. Das römische Aktionensystem . . . 296
§ 129. Persönliche und dingliche Klagen . . . 299
§ 130. Strafklagen. Popularklagen . . . 300
§ 131. Kondiktionen, bonae fidei judicia . . . 301
§ 132. Actio simplex und duplex . . . 304
§ 133. Actiones arbitrariae, Erfüllungs- und Ersatzklagen . . . 306
§ 134. Feststellungsklagen . . . 308
§ 135. Verwandte und konkurrirende Klagen . . . 309
§ 136. Endigung der Klagerechte . . . 313

Drittes Kapitel. Die Exceptionen.

§ 137. Begriff der Exceptionen und Repliken . . . 315
§ 138. Arten der Exceptionen . . . 318

Seite

Viertes Kapitel. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§§ 139. Begriff der Restitution 322
§§ 140. Verletzung 324
§§ 141. Minderjährigkeit und gleichgestellte Gründe 325
§§ 142. Restitution gegen nothgedrungene Versäumnisse 328
§§ 143. Durchführung der Restitution 331

Fünftes Kapitel. Die Klagenverjährung.

§§ 144. Die Verjährung im allgemeinen 333
§§ 145. Entwickelung und Begriff der Klagenverjährung 335
§§ 146. Beginn der Klagenverjährung 338
§§ 147. Zeitablauf. Ruhen der Verjährung 341
§§ 148. Unterbrechung der Klagenverjährung 343
§§ 149. Bona fides 346
§§ 150. Die Wirkungen der Klagenverjährung 347

Sechstes Kapitel. Die Streitsache und ihre Verhandlung.

I. **Methode der Individualisirung.**

§§ 151. Römische Individualisirung der Streitsache 350
§§ 152. Individualisirung der Streitsache nach heutigem Rechte 352

II. **Veränderungen der Streitsache während des Prozesses.**

§§ 153. Litiskontestation und Klageerhebung 355
§§ 154. Der maßgebende Zeitpunkt für die Verurtheilung 356
§§ 155. Veräußerung des Streitobjektes 360

III. **Die Verhandlung der Streitsache.**

§§ 156. Recht und Pflicht der Parteien im Prozeß 362
§§ 157. Der Klagevortrag 364
§§ 158. Vertheidigung 365
§§ 159. Die Beweislast 366
§§ 160. Die unvordenkliche Zeit 369

IV. **Das Urtheil über die Streitsache.**

§§ 161. Formelle und materielle Rechtskraft 371
§§ 162. Die exceptio rei judicatae 373
§§ 163. Die Rechtskraft nach Reichsrecht 376
§§ 164. Wirkung des Urtheils für und gegen Dritte 379

V. **Schiedsrichterliche Entscheidung.**

§§ 165. Das römische Kompromiß 380
§§ 166. Das Schiedsverfahren nach Reichsrecht 382

Siebentes Kapitel. Sicherung von Ansprüchen.

§§ 167. Kautionen und Missionen 385
§§ 168. Der Arrest und die einstweiligen Verfügungen 387

Verzeichniß der Abkürzungen.

B.G.B. = Bürgerliches Gesetzbuch.
C.P.O. = deutsche Civilprozeßordnung vom 30. Januar 1877 in der Fassung der Bekanntm. v. 20. Mai 1898.
H.G.B. = deutsches Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.
K.O. = deutsche Konkursordnung vom 10. Februar 1877 in der Fassung der Bekanntm. v. 20. Mai 1898.
Not.O. = Notariatsordnung von 1512.
P.G.O. = Peinliche Gerichtsordnung Karls des Fünften.
R.G. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
R.G. in Strafsachen = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
R.O.H.G. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
R.Pol.O. = Reichspolizeiordnung von 1530, 1548, 1577.

Die wichtigeren Kompendien und Handbücher der Pandekten und des deutschen Privatrechts sind bloß mit den Namen der Verfasser angeführt. Das Gleiche gilt von Unger, österreichisches Privatrecht. Wächters Württembergisches ist mit Württ. P.R. bezeichnet, Roth, deutsches Privatrecht ist als d. P.R., sein Bayerisches Civilrecht als Bayer. C.R., mein Preußisches Privatrecht als Preuß. Pr.Recht angeführt.

Einleitung.

Das gemeine Recht, seine Quellen und seine Litteratur.

§ 1. Bildung und Begriff des gemeinen Rechtes.

Die Pandekten bezwecken die Entwickelung einer allgemeinen Theorie des Privatrechtes in seinem Werden und seinem gegenwärtigen Zustand. Sie lösen diese Aufgabe durch die Darstellung des gemeinen Rechtes, soweit es sich an das römische Recht anschließt. Denn dieses ist der Grund, welcher das Privatrecht der Gegenwart trägt.[1]

Gewohnheit und Gerichtsgebrauch schufen im ehemaligen deutschen Reich das gemeine Recht, vorzugsweise dadurch, daß sie römische Rechtssätze recipirten, dem deutschen Geiste gemäß gestalteten und antike und römische Rechtsideen mit germanischen und modernen verbanden. „Gemeines" wurde dieses Recht genannt, weil es allen Theilen des Reiches gemeinsam war. Von vornherein stand es in einem Gegensatz zu den besonderen Rechten der Landschaften, der Gemeinden und anderer kleinerer Rechtskreise des Reiches, welche es vorfand. Diese Partikularrechte wurden nie vollständig verdrängt und hatten ihre eigenartige Entwickelung. Ihnen gegenüber erhielt das gemeine Recht subsidiäre Geltung, d. h. es hatte nur Kraft in Ermangelung abweichender partikularer Normen. Dies drückte populär der Spruch aus:

1) Die Bezeichnung dieser Darstellung als „Pandekten" hat einen historischen Grund. Pandekten nannte Justinian den wichtigsten Theil seines Rechtsbuches, vgl. unten § 9. An die justinianischen Pandekten schlossen sich seit dem 12. Jahrhundert die Vorlesungen und Bücher über Civilrecht vorzugsweise an. Zuerst geschah dies exegetisch, dann den Stoff selbständig systematisch verarbeitend. Es ist zweckmäßig, den Ausdruck Pandekten festzuhalten. Er deutet auf die praktische Tendenz und den historischen Hintergrund der Disciplin. Für seine groß angelegte, freilich nur den allgemeinen Theil erschöpfende Darstellung des gemeinen Rechtes auf römischer Grundlage wählte Savigny den Titel „System des heutigen römischen Rechts." Jetzt führt gemäß staatlicher Anordnung die Vorlesung über römisches Recht an den deutschen Universitäten den Namen: System des römischen Rechts.

Landrecht bricht gemeines Recht. Ein solches Verhältniß war der Verfassung des Reichs entsprechend. Das Reich war gebildet aus Theilen von großer Selbständigkeit, welche doch wieder zu einer staatlichen Einheit zusammengefaßt waren.

Im Laufe des achtzehnten Jahrhunderts lockerte sich der längst brüchige Reichsverband in Folge des jugendlichen Aufstrebens Preußens vollständig. Nun verlor das gemeine Recht formell seine Gesetzeskraft in wichtigen Theilen des Reiches, zunächst in Preußen durch das allgemeine Landrecht (citirt: A.L.R.) für die preußischen Staaten, welches am 1. Juni 1794 in Kraft trat.[2]

Am 6. August 1806 erfolgte mit der Niederlegung der Kaiserwürde durch Kaiser Franz die endliche Auflösung des deutschen Reiches. Welche Bedeutung dieser Staatsakt für das Fortbestehen eines gemeinen deutschen Rechtes hatte, ist streitig.

Nach Einigen hörte es damit auf, gemeines Recht zu sein. Allerdings sei es in den zu selbständigen Staaten gewordenen Theilen des ehemaligen Reiches in Kraft geblieben, soweit es damals in ihnen galt und später nicht durch andere Gesetze ersetzt wurde, aber nur in der Eigenschaft eines Landrechtes jedes dieser Staaten. Eine gemeinrechtliche Fortbildung des ehemaligen gemeinen Rechtes sei daher von der Auflösung des Reiches an nicht mehr denkbar und höchstens eine gleichmäßige Fortentwickelung dieses Rechts in den verschiedenen deutschen Staaten möglich.[3]

Diese Auffassung wurde dem wirklichen Sachverhalt nicht gerecht. Die politische Verfassung des Reiches, innerlich hohl, konnte dem Stoß, welcher gegen dasselbe von Frankreich aus geführt wurde, nicht widerstehen. Aber es blieb die Nation, welche sich durch eine gemeinsame tausendjährige Geschichte, durch die Gemeinschaft der Sprache, der Litteratur und der Wissenschaft und durch gemeinsame Institutionen als Einheit darstellte.

Daher bewahrte das gemeine Recht unter allen Katastrophen politischer Natur seine Lebenskraft. Es war nicht durch die Gesetzgebung geschaffen, sondern aus dem Schoße des Volkes heraus durch Gewohn-

2) Die späteren im Gebiete des ehemaligen Reiches publicirten Kodifikationen sind: a) das am 1. Juni 1811 in Oesterreich in Kraft getretene allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, b) der 1801—1804 in Frankreich publicirte code civil, welcher am linken Rheinufer, im ehemaligen Großherzogthum Berg und in deutscher Bearbeitung in Baden gilt, c) das unter dem 2. Januar 1863 publicirte bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen.

3) So Wächter, gemeines Recht Deutschlands 1844, ferner Wächter, Pandekten Bd. 1 S. 19, Beilage. — Vgl. hiergegen Bruns kl. Schriften Bd. 1 S. 20, Bekker in seinem und Muthers Jahrbuch Bd. 1 n. 1.

heit, Gerichtspraxis und Wissenschaft gebildet. Gerichtsgebrauch und Wissenschaft hielten es als *gemeines* fest und bildeten es als solches weiter, auch nachdem der politische Verband der Nation gesprengt war. Es wurde hiermit nur dem unzerstörbaren Anspruch des deutschen Volkes, als eine Einheit behandelt zu werden, Ausdruck gegeben.

Auch soweit das gemeine Recht in deutschen Staaten *formell* außer Kraft gesetzt wurde, behielt dasselbe *im wissenschaftlichen Sinne Subsidiarität*. Denn auf seiner Grundlage ruhen die modernen Kodifikationen, aus ihm vorzugsweise sind sie zu erklären und zu ergänzen. Das für das Deutsche Reich am 18. August 1896 verkündete Gesetzbuch, dessen Inkrafttreten auf den 1. Januar 1900 gesetzt wurde, hob die bisher in den deutschen Staaten geltenden privatrechtlichen Normen, die gemeinrechtlichen wie die landesrechtlichen auf, soweit sie nicht durch Vorbehalte erhalten werden. Aber das neue Gesetzbuch ist in besonderem Maße auf die Begriffe und Rechtssätze des gemeinen Rechtes gebaut und setzt sie voraus. Die Kenntniß desselben ist daher für das Verständniß und die Weiterbildung des neuen Gesetzbuchs ganz unentbehrlich.

Bezüglich der öffentlichrechtlichen Grundsätze des gemeinen Rechtes trat eine Aenderung durch das B.G.B. nicht ein.[4]

Von Jahr zu Jahr steigert sich der Verkehr der Nationen und drängt zu einem einheitlichen Verkehrsrecht. Für dieses giebt das römische Recht feste Bausteine, da es bei allen Völkern des europäischen Kulturkreises Grundlage des Rechtsstudiums und Quelle von Rechtssätzen ist.[5]

Auf unberechenbare Zeit hinaus wird das römische Recht aber, auch abgesehen von unmittelbarer Anwendbarkeit, einen wesentlichen Bestandtheil des Rechtsstudiums bilden müssen, zur Belebung der juristischen Anschauung und als eines der merkwürdigsten Denkmale menschlicher Geistesgröße.

4) Das Reichsgesetz v. 13. December 1873 erstreckte mittels Abänderung des Art. 4 Ziff. 13 der Reichsverfassung die Zuständigkeit des Reiches auf „die gemeinsame Gesetzgebung über das bürgerliche Recht", in der Absicht ein bürgerliches Gesetzbuch für Deutschland zu schaffen. Die Ausarbeitung wurde, nachdem eine Vorkommission ein Gutachten über Plan und Methode erstattet hatte, am 22. Juni 1874 einer Kommission von 11 Mitgliedern übertragen, deren Entwurf mit 5 Bänden Motiven 1888 veröffentlicht wurde. Eine reiche Litteratur knüpfte sich an diese Veröffentlichung. Am 4. December 1890 beschloß der Bundesrath eine Umarbeitung durch eine neue Kommission von 22 Mitgliedern. Ihr Entwurf — s. g. zweite Lesung — wurde mit einigen Abänderungen vom Bundesrath angenommen, und so gestaltet dem Reichstag unterm 17. Januar 1896 vorgelegt. Die Reichstagskommission, wie auch das Plenum des Reichstags trafen nicht unerhebliche Aenderungen. Am 1. Juli 1896 nahm der Reichstag den Entwurf an.

5) Römisches Recht ist in unmittelbarer Geltung im Königreich Griechenland, ferner in der Kapkolonie, Kohler in der Zeitschrift f. vgl. Rechtswissenschaft Bd. 8 S. 222 ff., und auf Ceylon, Kohler, rechtsvergleichende Studien S. 246.

Erſtes Kapitel.

Die Beſtandtheile des gemeinen Rechtes.

§ 2. Ueberſicht.

Aus drei Hauptbeſtandtheilen beſteht das gemeine Recht, nämlich einmal aus dem römiſchen Rechte, wie es im corpus juris des Kaiſers Juſtinian feſtgeſtellt iſt, zweitens aus Sätzen des kanoniſchen Rechtes und drittens aus Gewohnheiten und Geſetzen deutſchen Urſprungs. Unter dieſen drei Beſtandtheilen nimmt das römiſche Recht die erſte Stelle ein. Die Mehrzahl der Normen des gemeinen Rechtes iſt römiſchen Urſprunges. Mehr noch fällt in das Gewicht, daß die ſyſtematiſche Gliederung des gemeinen Rechtes auf römiſchen Rechtsgedanken beruht. Wir heben in dieſer Hinſicht ſchon hier hervor die Scheidung des Rechtes in öffentliches und in Privatrecht, ſowie die ſcharfe Sonderung der Vermögensrechte in dingliche und perſönliche.

Den geſchichtlichen Vorgang, durch welchen in Deutſchland das römiſche Recht und mit ihm das kanoniſche Recht zur Geltung kam, nennen wir die Reception der fremden Rechte. Dieſer Vorgang hat das Recht der Vergangenheit geſtaltet, er hat auf das Recht der Gegenwart beſtimmend eingewirkt, er wird nothwendig in eine ferne Zukunft hinein Bedeutung behalten.

I. Das römiſche Recht.

A. Die Reception des römiſchen Rechtes.

§ 3. Geſchichte der Reception des römiſchen Rechtes.[1]

Die Reception des römiſchen Rechtes in Deutſchland wurde bereits im frühen Mittelalter vorbereitet. Doch handelte es ſich damals um vorübergehende und vereinzelte Einwirkungen des römiſchen Rechtes.[2]

1) Stobbe, Geſchichte der deutſchen Rechtsquellen 1860 Bd. 1 S. 609 ff., Bd. 2 S. 1 ff. Franklin, Beiträge zur Geſchichte der Reception 1863. Stölzel, die Entwickelung des gelehrten Richterthums in den deutſchen Territorien 2 Bde. 1872. Nobderman, de receptie 1874, aus dem Holländiſchen überſetzt und mit Zuſätzen verſehen von K. Schulz 1875. Muther, zur Geſchichte der deutſchen Rechtsw. und der Univerſitäten in Deutſchland 1876. Stintzing, Geſchichte der deutſchen Rechtsw. 1. Abth. 1880 S. 37 ff. Dazu Böhlau, krit. Vierteljahrsſchrift Bd. 23 S. 525, Bd. 26 S. 1.

2) Ueber einzelne Citate und Floskeln aus dem frühen Mittelalter vgl. Stobbe a. a. O. S. 647. Zeitſchrift d. Savignyſtiftung rom. Abth. Bd. 11 S. 304. Siehe ferner über den Rechtszuſtand des Mittelalters: Franklin a. a. O. und Muther a. a. O., namentlich Abhandl. 1: röm. u. kanon. Recht im deutſchen Mittelalter, Kohler zur Geſchichte des römiſchen Rechts in Deutſchland, 1. und 2. Heft das röm. Recht am Niederrhein 1896, 1898.

In umfassender Weise geschah die Reception *seit der Mitte des fünfzehnten* und mit dem Anfang des sechszehnten Jahrhunderts. Sie vollzog sich damals mit einer fast elementaren Gewalt. An entschiedener und selbst stürmischer Opposition gegen das römische Recht fehlte es zwar in jener Zeit so wenig als späterhin.[3] Aber sie zerschellte an der Wucht, mit welcher das Ereigniß der Reception zu Tage trat. Nie wird es gelingen, das Geheimniß so tief gehender Bewegungen im Völkerleben durch Reflexion vollständig zu ergründen. Indessen treten doch gewichtige treibende Momente unzweideutig hervor.

In erster Linie ist es ein nationaler Gedanke, in welchem sich die Reception des fremden nicht nationalen Rechtes gründete. Es war der Gedanke der *Rechtseinheit*, die für den Verkehr und für die Rechtsprechung Deutschlands nothwendig geworden war. Die deutschen einheimischen Rechte waren vielfältig und lokal zersplittert. Man wußte sie nicht zu übersehen und zu beherrschen. Daß sich in deren Verschiedenheit meist eine und dieselbe Grundanschauung spiegelte, machte dies kaum erträglicher. Denn für die praktische Handhabung des Rechtes kommt es gerade auf das Detail an. Neben diesen partikularen Rechten aber schien ein einheitliches Recht für das Reich bereits da zu sein. Man brauchte es nur zu ergreifen. Es lag im corpus juris civilis von Justinian.

Altehrwürdige Sage war, daß das corpus juris civilis *Kaiserrecht Deutschlands* sei. Die deutschen Könige galten als Nachfolger der römischen Imperatoren.[4] Als solche waren sie von der höchsten Autorität der Christenheit, den römischen Päpsten, geweiht und anerkannt worden. War also ihr Reich ein römisches deutscher Nation, wie sollte nicht das römische Gesetzbuch auch Gesetz des deutschen Reiches sein?

Hierin lagen überlieferte Anschauungen. Zur Verwirklichung kamen sie in jener großen Bewegung, welche die Völker im Reformationszeit-

3) Von Opposition gegen die „Doktoren" seit dem 16. Jahrhundert berichten Franklin a. a. O. und Stobbe a. a. O. Bd. 2 S. 50, ferner Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft 1. Abtheilung S. 69. Für das römische Recht waren vorzugsweise die Fürsten und die landesherrlichen Diener, sowie die Städte, vielfach aber auch der Adel, welcher in demselben eine Stütze seiner Gewalt über die Bauern fand, gegen dasselbe vornehmlich die Bauern.

4) Als Formel für die Bestellung eines Richters in Rom zur Zeit Ottos III. wird mitgetheilt — Stobbe a. a. O. S. 613 — tunc dicat imperator judici: cave ne aliqua occasione *Justiniani sanctissimi antecessoris nostri legem subvertas*. Tunc imperator . . . det ei in manum librum codicum et dicat: secundum hunc librum judica Romam et Leonianam orbemque universum. Vgl. die weiteren Anführungen bei Stobbe a. a. O. S. 614 ff. Insbesondere betonten die Hohenstaufen Friedrich I. und Friedrich II. den Gedanken, daß sie Nachfolger der altrömischen Kaiser seien. Auch Friedrich III., Maximilian I. und Karl V. liebten es, den Kaiser Justinian als ihren „Vorfahr am Reich" zu bezeichnen, vergl. Stobbe Bd. 2 S. 110.

alter ergriff. Die Entdeckung neuer Welten, die wirthschaftlichen Veränderungen, die hiermit zusammenhingen, die Bildung großer Territorialstaaten, der Zusammenbruch der mittelalterlichen Anschauungen und Ordnungen, der Humanismus, schließlich die Reformation, dies Alles gehört jener Zeit an. Ein neues Recht schien der selbstverständliche Begleiter solcher Veränderungen in dem geistigen, politischen und socialen Leben der Zeit zu sein.

Diese Momente erklären, daß zur Reception des römischen Rechtes zusammenwirkten die Juristen, die Laien und alle konstituirten öffentlichen Gewalten des Reiches und der Territorien.

a) Die Theorie der Rechtswissenschaft im Mittelalter war eine ausschließlich romanistische. Die Universitäten als Anstalten, die für die gesammte Christenheit bestimmt waren, lehrten nur das von den Kaisern und von den Päpsten gesetzte Recht. Denn diese allein waren der Idee nach die Oberhäupter der Christenheit.[5] Nur mit dem römischen und dem kanonischen Rechte beschäftigten sich daher die großen Rechtslehrer des Mittelalters; die romanistische Doktrin erfüllte den Vorstellungskreis der gelehrten Juristen. Natürlich suchten die im römischen Rechte gebildeten und zu Doktoren promovirten Juristen diesem Rechte möglichst Eingang zu verschaffen, wenn sie in hohen geistlichen und weltlichen Stellungen Recht anzuwenden hatten.

Fast noch bedeutsamer war die Entstehung eines zahlreichen Standes von Halbgelehrten. Sie suchten und wußten die Gemeinplätze der romanistischen Doktrin als Rechtsberather geltend zu machen und rücksichtslos in das praktische Leben einzuführen. Für diese Halbgelehrten entstand eine eigene massenhafte, populäre Litteratur, darunter die unter mancherlei Namen umlaufenden Klagspiegel, womit auf den Einfluß dieses Standes ein helles Licht fällt.[6]

b) Die ungelehrten Schöffen, welche das Recht nach alter Tradition und aus ihrer Ueberzeugung heraus fanden, waren den sich rasch umgestaltenden Verhältnissen nicht gewachsen. Durch die Halbgelehrten, welche die Parteien vor ihnen vertraten, wurden sie vollends in Verwirrung gesetzt. Sie verloren das Vertrauen zu sich, und es verlor

5) Muther a. a. O. S. 253.

6) Ein Werk bewunderungswürdigen Fleißes und Scharfsinnes schuf Stintzing in seiner Geschichte der populären Litteratur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland am Ende des 15. und im Anfange des 16. Jahrhunderts 1867. Vgl. hierzu Muther a. a. O. S. 158: Zur Geschichte der mittelalterlichen Rechtslitteratur für „pauperes“ und „minores“, siehe Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft Abth. 1 S. 75, sowie das mühevolle Werk von Seckel, Beiträge zur Geschichte beider Rechte im M.A. I. Bd. Zur Geschichte der populären Litteratur des römisch-kanonischen Rechts, 1898.

das Volk das Vertrauen zu ihnen. In Folge dessen wandten sich die Parteien zunächst im Wege des *Schiedsvertrages* den landesherrlich behufs der Landesverwaltung eingesetzten *Amtleuten* zu, welche, der fremden Rechte kundig, nach ihnen sprachen. So traten allmählich an die Stelle der ungelehrten gelehrte Gerichte.[7]

c) Inzwischen hatte die *Reichskammergerichtsordnung* bei der Neuordnung des Reichskammergerichts die Kammerrichter zum Eide verpflichtet, „nach des Reiches gemeinen Rechten" zu richten. Als solche galten römisches und kanonisches Recht.[8] Hierin liegt zwar keine gesetzliche Einführung des römischen Rechtes, wie man früher vermeinte, aber eine *gesetzliche Anerkennung* und *Förderung* seiner *Geltung*.

In ähnlicher Weise wurden die neueingerichteten Obergerichte der Territorien auf römisches Recht verwiesen.[9] Auch die partikulare Gesetzgebung förderte die Reception. Man verfaßte Reformationen, Landrechte, in welchen zwar auch heimische Gewohnheiten Berücksichtigung fanden, die meist aber in erster Linie darauf gerichtet waren, die römischen Rechtssätze im Leben einzubürgern und jedenfalls diesen Erfolg hatten.[10]

§ 4. Das Maß der Reception des römischen Rechtes.

1. Das römische Recht hat in Deutschland nur *subsidiäre* Geltung erlangt, d. h. es kommt bloß in Ermangelung einer *einheimischen*, wenn auch nur *partikularen* Rechtsnorm zur Anwendung.

Nicht ohne Kampf hat sich das letztere festgestellt. Die *Romanisten der Receptionszeit* behaupteten, *partikulare Gewohnheiten*

7) Während man früher annahm, daß sich die älteren deutschen Gerichte in gelehrte „umgewandelt" hätten, hat Stölzel a. a. O. gezeigt, daß außerhalb der ungelehrten Gerichte Gelehrte zur Rechtsprechung herangezogen wurden, welche im Gegensatz zu den Gerichten standen und sich erst in neuerer Zeit den Namen von Gerichten aneigneten. So auch Sohm, die deutsche Rechtsentwickelung in Grünhuts Zeitschrift Bd. 1 n. 8.

8) Nach der Kammergerichtsordnung von 1495 § 3 sollten die Urtheiler schwören: „nach des Reychs und gemeinen Rechten, auch nach redlichen erbaren und leydlichen Ordnungen, Statuten und Gewohnheiten der Fürstenthumb, Herrschaften" zu richten.

9) Vgl. Stobbe a. a. O. Bd. 2 S. 86, 131.

10) Vgl. u. a. die interessante Darstellung in Wächters württembergischem Privatrecht Bd. 1 S. 227. Bei Entwerfung des Landrechts für Württemberg erklären die Redaktoren, „es sei vergeblich, unmöglich und in keiner Hinsicht zu rathen und zu thun, daß die in großen Haufen vorgelegten Entwürfe und Satzungen gelesen oder erwogen, viel weniger daß hieraus ein wohl bedächtliches, nützliches, gutes und gleichmäßiges Landrecht gewonnen und gemacht werden könne." Mit jeder neuen Redaktion des Landrechts aber machte die Romanisirung weitere Fortschritte. — In der Mark Brandenburg wurde die Rechtsprechung nach Kaiserrecht durch die constitutio Joachimica von 1527 verordnet, „dieweil unser Churfürstenthumb Brandenburg im Römischen Reich begriffen."

hätten nicht die Kraft, gemeines Recht zu durchbrechen.[1] Hätte man dies anerkannt, so hätte das römische Recht in Deutschland nahezu die Alleinherrschaft erlangt. Denn die deutschen Rechtsauffassungen hatten hauptsächlich ihren Sitz in partikularen Gewohnheiten. Aber eben deshalb konnte jene Behauptung nicht durchdringen. Vielmehr gelangte die Subsidiarität des gemeinen Rechts auch gegenüber partikularem Gewohnheitsrecht in Praxis und Theorie zur Anerkennung.[2]

2. Eine alte Behauptung ist, daß das corpus juris civilis als Ganzes — in complexu — Gesetz für Deutschland geworden sei. Man schloß daraus, daß jeder Satz jenes Rechtsbuches „fundatam intentionem in jure" gewähre, d. h. in Deutschland Recht mache, solange seine Beseitigung durch eine Rechtsquelle nicht nachgewiesen sei.

Dies entsprach den Grundanschauungen der Receptionszeit. Denn damals sah man das corpus juris civilis als ein für Deutschland unmittelbar verbindliches Gesetz an.[3] Später erkannte man, daß das corpus juris Justinians in Deutschland niemals als Gesetz publicirt wurde. Seine Geltung beruht, dies ist unzweifelhaft, nur auf Gewohnheit. In die deutsche Gewohnheit sind aber, dies ist gleichfalls offensichtlich, nur solche römische Rechtssätze übergegangen, welche Anknüpfungspunkte an das deutsche Leben und die deutsche Rechtsanschauung hatten. Man hätte folglich an die Stelle jenes Axioms den Satz stellen sollen, daß sich der Umfang der Reception aus der Gewohnheit ergebe und daß, was der deutschen Gewohnheit fremd blieb, auch nicht gemeines Recht wurde.

Diese Folge haben aber nur Wenige gezogen. Daß das corpus juris civilis in Deutschland in complexu, also als Ganzes, recipirt

---

1) Die l. 2 C. quae sit longa consuetudo 8, 52 wurde nach gemeiner Meinung so ausgelegt, daß die partikulare Gewohnheit die lex, d. h. das corpus juris civilis nicht aufheben könne.

2) Die älteren Reichsgesetze stellten regelrecht neben die gemeinen Rechte „die guten Gewohnheiten". Die Reichshofrathsordnung von 1654 aber besagte, Tit. 1 § 15 — Sammlung der Reichsabschiede Bd. 4 Zusatz S. 50 — es seien in Acht zu nehmen „privilegia, gute Ordnung und Gewohnheiten und in Mangel derselben die Kayserliche Rechten."

3) Gleichwohl hat der hochangesehene Jurist Zasius in der Receptionszeit es nachdrücklich als seine Aufgabe erklärt, von dem römischen Rechte nur dasjenige zu lehren, „was nützlich, heilsam und den Sitten Deutschlands entsprechend sei." Hierzu bemerkt Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtsw. Bd. 1 S. 168: „Er behandelt es als selbstverständlich, daß nicht alle Bestandtheile des kaiserlichen Rechts anwendbar seien, daß es notorisch in Deutschland Sitten und Zustände gebe, welche mit den Grundsätzen des römischen Rechts inkommensurabel sind oder ihm geradezu widersprechen, daß hier die Unanwendbarkeit eines speciellen Beweises nicht bedürfe. War doch auch die kaiserliche Gewalt niemals als Despotie gedacht. Ihr, wie ihres Rechts praktisches Durchgreifen hatte stillschweigend anerkannte Schranken, die nirgends formulirt, sondern im einzelnen Falle zu finden waren."

sei, blieb fortwährend herrschendes Dogma der Romanisten.[4][5] Folgerecht hat dasselbe freilich niemand durchgeführt. Gleichwohl war es schädlich. Es verleitete dazu, zahlreiche Rechtssätze theoretisch als bestehend darzustellen, die im wirklichen Leben keinen Boden hatten.[6][7]

3. Anerkanntermaßen erhielten keine gemeinrechtliche Geltung diejenigen Sätze des corpus juris civilis, welche die Glossatoren, d. h. die Lehrer der Rechtsschule zu Bologna im 12. und 13. Jahrhundert[8] nicht mit Glossen — Erklärungen — versahen oder, genau gesprochen, welche Accursius in seiner Zusammenstellung der Glossen dieser Schule — der glossa ordinaria — nicht glossirt hat. Hiermit waren einestheils einige justinianische Gesetze betroffen, welche jenen Rechtslehrern bekannt waren, aber der Glossirung nicht würdig erschienen, anderntheils zahlreiche Gesetze, die zur Zeit der Glossatoren noch unbekannt, später aufgefunden und dem corpus juris einverleibt wurden.

4) Von Neueren, die sich für die Reception des römischen Rechts in complexu aussprechen, seien erwähnt: Vangerow Bd. 1 § 5, Wächter, gemeines Recht Deutschlands 1844 S. 193 ff., Pand. Bd. I § 11, Windscheid Bd. 1 § 5 Ziffer 1 u. 2, Bekker, Pand. I S. 6, Regelsberger Bd. 1 S. 12. Nur die Veränderung ging in der Lehre vor sich, daß man früher von dem Gegner den „Beweis" der Nichtgeltung des corpus juris forderte, während man das Axiom jetzt so erklärt, daß der Richter das corpus juris anwenden müsse, soweit ihm nicht dessen Aufhebung durch Gesetz oder Gewohnheit bekannt sei. Gegen die Reception in complexu hat sich in beachtenswerther Weise Leist, civilist. Studien Bd. 1 S. 12 ff. ausgesprochen, vgl. auch Kierulff, gemeines Civilrecht Vorrede p. X, Beseler, deutsches Privatrecht I § 8, Gierke, deutsch. Privatr. Bd. 1 § 5 S. 37.

5) Willkürlich war die Behauptung Savigny's — System Bd. 1 S. 69, 165 — daß das römische „Staatsrecht" nicht zu den recipirten Theilen des römischen Rechtes gehörte. Vgl. Stobbe, Rechtsquellen Bd. 2 S. 123, Wächter im Archiv für civil. Praxis Bd. 23 S. 434.

6) Der Gegensatz der Ansichten wird deutlich durch ein Beispiel, welches Samuel Stryk — usus modernus Pandectarum 1690 vol. I. discursus praeliminaris § 34 — fingirt, um die Reception des römischen Rechtes in complexu zu erläutern. Wenn, führt Stryk aus, in Deutschland niemals seit tausend Jahren ein Testament gemacht worden wäre, so sei das Recht zu testiren in Deutschland nicht aufgehoben. Denn die Unterlassung der Benutzung dieses Rechtes durch die Einen könne Anderen nicht schaden. Nur eine entgegenstehende Gewohnheit — also z. B. fortgesetzte Nichtanerkennung von errichteten Testamenten — hätte das Testirrecht aufgehoben.

7) Es ist zur Würdigung der Streitfrage Folgendes nicht zu übersehen. In den früheren Jahrhunderten hat man sehr unbefangen Rechtssätze, welche dem römischen Rechte zuwiderliefen, durch Belegstellen aus dem römischen Recht begründet. Damit nahm man es durchaus nicht genau. Schließlich entschied bei Streitfragen in der Praxis das herkömmliche Recht, das praktische Bedürfniß. Die römische Stelle kolorirte nur das Resultat. Unter solchen Umständen vermochte man zu sagen, das römische Recht gelte in seiner Gesammtheit, da man sich vorbehielt, es überall, wo es nicht paßte, wegzuinterpretiren. Im 19. Jahrhundert wurde diese Methode verlassen. Es wurde nicht mehr gewagt, deutschrechtliche und moderne Sätze aus den römischen Quellen zu belegen, obgleich diese das Entgegengesetzte besagen. Aber die Konsequenz durfte nun nicht sein, daß jetzt das Römische schlechthin gelte, sondern die Erkenntniß mußte zur Geltung kommen, daß es nur soweit gelte, als es in Wahrheit praktisch wurde.

8) Vgl. unten § 16.

Der Grundsatz: quidquid non agnoscit glossa nec agnoscit forum galt bis in die neueste Zeit als dem Mittelalter zugehörig, als schon in der Receptionszeit vorhanden. Man erklärte ihn aus der Autorität der Glosse im späteren Mittelalter, welche dahin geführt habe, was die Glosse nicht beachtete, nicht als Recht anzuwenden. Diese Auffassung war eine irrthümliche.[9] Der Satz verdankte seine Aufstellung erst dem Ende des 17. Jahrhunderts.[10] Die Nichtglossirung gewisser Gesetze war nicht der Grund der Nichtreception derselben. Jener Spruch bezweckte nur die Konstatirung der Thatsache. Es traf sich nämlich, daß die nichtglossirten Gesetze, weil für die deutschen Verhältnisse nicht passend, auch der deutschen Praxis überwiegend fremd geblieben waren. Dies erkannte man durch jenen Spruch an.[11]

Manche wollten aus der Fassung desselben die Folge ziehen, daß auch die Lesart der Glossatoren als authentischer Text des corpus juris civilis im gemeinen Recht zu erachten sei. Dies aber ist nicht der Sinn des Spruches. Auch hatten die Glossatoren einen feststehenden Text nicht. Sie suchten ihn in oft willkürlicher Konjekturalkritik zu bilden, ohne daß Einigung entstand. Ihre Lesarten sind zudem seit Jahrhunderten verschollen, und die gedruckten Ausgaben haben seitdem durchgängig bessere Texte an deren Stelle gesetzt.[12]

§ 5. Vorjustinianische und nachjustinianische Quellen.

Die Reception bezog sich nur auf das Gesetzbuch Justinians. Sie erstreckte sich auf keine anderen Quellen des römischen Rechtes. Derartige Quellen sind folgende:

a) Außerhalb der justinianischen Sammlung haben sich mehrere Schriften klassischer römischer Juristen, freilich nur bruchstückweise oder verstümmelt, erhalten.[1] Es gehören hierher die In-

9) Dies ist nachgewiesen in der Schrift von Landsberg: über die Entstehung des Regel: quidquid non agnoscit glossa nec agnoscit forum, Bonn 1880.

10) Sprichwörtlich erscheint zuerst bei Stryk die Regel so: quos textus non agnoscit glossa, nec agnoscit forum, Landsberg a. a. O. S. 83.

11) In den Institutionen sind keine unglossirten Stellen; in den Pandekten sind nicht glossirt die aus den Basiliken restituirten l. 7 § 5 bis l. 11 D. de bonis damnat. 48, 20 und l. 10 bis l. 19 D. de interdict. et rel. 48, 22. Die nicht glossirten Stellen des Kodex und der Novellen finden sich u. a. angegeben bei Vangerow, Pandekten § 6 Anm. 1, Arndts § 2 Anm. 3.

12) Krüger, Kritik des justinianischen Kodex 1867 S. 2, bemerkt bezüglich der Pandekten: „der in der Taurellischen Ausgabe — vom Jahr 1553 — rein wiedergegebene Text der Florentina ging in alle späteren Ausgaben über, so daß wir dadurch mit einem Male den ganzen Wust von Korruptelen los wurden, der sich durch die fortgesetzten Fehler der Schreiber und die Schulemendation der Glossatoren angehäuft hatte."

1) Diese Quellen, welche für ein gründliches Studium der Pandekten unentbehrlich sind, hat in einem mäßigen Bande herausgegeben Huschke: jurisprudentiae antejustinianae quae supersunt zuerst 1861, 5. Ausgabe 1886. Den Grundsätzen

ſtitutionen des Gajus, wie ſie uns in echter Geſtalt der Veroneſer Palimpſeſt zu ihrem größeren Theil enthüllte, ferner die fragmenta Ulpiani, mehrere Abſchnitte aus dem liber regularum dieſes Juriſten, dann die übel zugerichteten sententiae von Paulus, und die Sammlung von Bruchſtücken aus römiſchen Juriſten und von Konſtitutionen welche den Namen fragmenta Vaticana führt. Auch die collatio legum Mosaicarum et Romanarum enthält wichtige Auszüge aus Werken römiſcher Juriſten.[2]

b) Einzelne Verordnungen römiſcher Kaiſer vor Juſtinian ſind in Bruchſtücken des codex Gregorianus und Hermogenianus erhalten, ſehr zahlreiche finden ſich im codex Theodosianus,[3] an den eine Sammlung von Novellen von Theodoſius II., Valentinian III., Marcian, Majorian und Severus ſich anſchließt.

c) Nachjuſtinianiſche Quellen. Vor Allem ſind wichtig die Baſiliken, eine griechiſche Umarbeitung des juſtinianiſchen Geſetzbuches in ſyſtematiſcher Folge, um das Jahr 900 unter Kaiſer Leo verfertigt und als Geſetzbuch des byzantiniſchen Reiches publicirt. Die Baſiliken ſind mit Scholien verſehen, von denen die älteren in die juſtinianiſche Zeit hinaufreichen.[4]

Alle dieſe Urkunden haben ein hohes wiſſenſchaftliches Intereſſe. Sie dienen zur Interpretation des corpus juris civilis. Sie liefern nicht ſelten Material zur Feſtſtellung ſeines Textes. Das letztere gilt namentlich für die Baſiliken. Die Ausſprüche hochberühmter Juriſten, wie von Ulpian und von Paulus, nehmen ferner, auch wenn ſie nicht im corpus juris ſtehen, Beachtung in Anſpruch, falls ſie Fragen entſcheiden, die noch heute praktiſch ſind.[5] Eine geſetzesgleiche Geltung haben aber alle dieſe Quellen in Deutſchland nicht erlangt.

---

der modernen philologiſchen Kritik entſpricht in höherem Grade die collectio librorum juris antejustiniani in usum scholarum ed. Krueger, Mommsen, Studemund, Berlin 1877 bis 1890, drei Bände.

2) Zu vergleichen iſt auch das römiſch-ſyriſche Rechtsbuch aus dem 5. Jahrhundert, herausgegeben, überſetzt und erläutert von Bruns und Sachau, Leipzig 1880.

3) Die Ausgabe, auf die wir noch für den codex Theodosianus verwieſen ſind, iſt die von Hänel, Bonn 1842 ff., ein Beſtandtheil des ſog. Bonner corpus juris, das 1835 ff. erſchien. Man citirt den codex Theodosianus als C. Th.

4) Das Nähere über die byzantiniſchen Geſetze iſt in der Rechtsgeſchichte mitzutheilen. Die Baſiliken ſind herausgegeben von Heimbach, 5 Bände 1833 ff., wozu ein supplementum von Zachariä 1846 kam. Intereſſant iſt Zachariä, Geſchichte des griechiſch-römiſchen Rechts 3. Aufl. 1892.

5) Bezüglich der Frage z. B. ob dann, wenn eine Erbſchaft mehreren Miterben gemeinſam iſt, eine Theilungsklage auch bloß unter einigen der Miterben zuläſſig iſt, legt man gegenüber der l. 2 § 4 D. fam. erc. 10, 2 von Ulpian, welche die Frage bejaht, Gewicht auf Paul. sent. I 18 § 4, welcher ſie verneint.

B. Das corpus juris civilis.[1]

§ 6. Charakter der justinianischen Kodifikation.

Das Gesetzbuch Justinians gleicht keiner modernen Kodifikation.[2]

Die modernen Gesetzbücher des Privatrechts, z. B. das allgemeine preußische Landrecht, der code civil Frankreichs, das Bürgerliche Gesetzbuch formuliren abstrakte Rechtssätze. Der Sache nach reproducirten diese Gesetzeswerke allerdings im wesentlichen das bestehende Privatrecht, welches sie festzustellen suchen und theils näher bestimmen, theils weiter bilden; aber sie gießen das übernommene Recht in eine neue Form, so daß es wie etwas durch sie erst Geschaffenes erscheint.

Im corpus juris civilis ist hiervon keine Rede. Die Redaktoren — man nennt sie darum Kompilatoren — haben das bestehende Recht in der Form aufgenommen, welche ihm die klassischen Juristen in ihren Schriften, die römischen Kaiser in ihren Verordnungen gegeben hatten. Selbstthätigkeit haben die Verfasser des corpus juris civilis vorzugsweise in der Auswahl und in der Anpassung der überlieferten Aussprüche an die Verhältnisse ihrer Zeit entwickelt. Daraus entspringen die vielbewunderten Vorzüge und die vielgetadelten Mängel dieses Gesetzbuches.

Die Vorzüge liegen darin, daß uns hier das Recht in seiner Bewegung und Entwickelung entgegentritt, nicht in kahlen Definitionen und in abstrakten Regeln. Es bildet sich an einzelnen Fällen, es gestaltet sich unter den Kontroversen der Juristen. Dem geschärften geistigen Blick eröffnen sich weite Perspektiven; Leben entsteigt den Fragmenten, wie sehr sie auch zum Theil in der Sammlung verstümmelt sind. Wir hören die eigenen Worte der großen Meister des Rechtes. Sie theilen uns ihre Zweifel, ihre Entscheidungsgründe mit. Wir arbeiten, wir denken mit ihnen.

Bei solcher Methode des Gesetzbuches war streng gegliederte systematische Folge, leicht überschauliche Ordnung, volle Einheitlichkeit nicht

---

1) Die Entstehungsgeschichte des corpus juris und vieles Einzelne, was wissenswerth ist, muß der Rechtsgeschichte überlassen bleiben. Siehe Krüger, Geschichte der Quellen 1888 § 42 ff., Kipp, Quellenkunde 1896 § 19. Ueber die Interpretation des corp. jur. civ. werden wir im § 36 sprechen.

2) Unter *Kodifikation* — codicem facere — versteht man ein Gesetzbuch, welches das Recht oder einen Zweig des Rechtes, z. B. das Privatrecht oder einen Theil desselben *erschöpfend* regelt, unter Aufhebung der früheren einschlagenden Gesetze. In diesem Sinne bilden der codex und die Pandekten Justinians eine Kodifikation. Aus der neueren Zeit sind u. a. Kodifikationen: das allgem. Landrecht für die preuß. Staaten, sowie das Bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich. Als *Novellengesetzgebung* bezeichnet man Gesetze, welche *Einzelnes* regeln und abändern, aber nicht den Zweck haben, eine Rechtsmaterie *erschöpfend* und *ausschließlich* zu behandeln.

zu gewinnen. Die Gliederung und Ordnung der Rechtssätze beschränkt sich auf ihre Rubricirung unter verschiedene Titel. In den einzelnen Titeln erscheint vom systematischen Standpunkt aus betrachtet alles bunt durcheinander geworfen. Innerhalb der einzelnen Pandektentitel bestimmte sich die Aneinanderreihung der in sie aufgenommenen Auszüge danach, wie die juristischen Schriften, denen man sie entnahm, behufs des Excerpirens unter die einzelnen Abtheilungen der Redaktionskommission vertheilt waren;[3] in den Titeln des Kodex ergab sich die Reihenfolge der Verordnungen durch deren Datum. Kein einheitlicher Gedanke führt also von der einen Stelle zur andern. Im achtzehnten Jahrhundert war dies Gegenstand lebhaften Tadels. Das neunzehnte Jahrhundert denkt hierüber ruhiger.[4]

§ 7. Gesammtausgaben des corpus juris civilis. Citirmethode.

Die Gesammtausgaben des corpus juris civilis sind theils mit, theils ohne Kommentar.

1. Den umfassendsten Kommentar giebt die Accursische Glosse, welche im 13. Jahrhundert zusammengestellt ist.

Glossirte Manuskripte und Drucke zerfallen in 5 Bände:

a) Digestum vetus, d. h. die Pandekten bis einschließlich Buch 24 Titel 2;

b) Infortiatum, d. h. die Pandekten von da bis zum Ende des Buches 38. Das Schlußstück dieses Bandes heißt tres partes — nach den mitten im Texte des l. 82 § 2 D. ad legem Falcidiam 35, 2 vorkommenden Worten „tres partes“;

c) Digestum novum, d. h. die Pandekten von Buch 39 ab;

d) Codex, d. h. dessen 9 erste Bücher;

e) Volumen, d. h. die 3 letzten Bücher des Codex, die Novellen und die Institutionen.[1]

---

3) Wie die Reihenfolge der Pandektenfragmente entstand, hat Bluhme nachgewiesen: Die Ordnung der Fragmente in den Pandektentiteln. Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte der Pandekten, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 4 n. 6. Siehe auch Krüger in der Pandektenausgabe von Mommsen 1880 vol. II additamenta p. 50 ff. Die Kompilatoren excerpirten nämlich getrennt drei Massen von Büchern: die Sabinusmasse (S.), die Edictsmasse (E.), die Papinianusmasse (P.) genannt, wozu noch ein Nachtrag — appendix (A.) — kam.

4) Unter allen „Fehlern“ — vitia —, welche man seit dem 17. Jahrhundert dem corpus juris civilis vorwarf, erschien dieser als der schwerste. Eine Abhülfe unternahm Pothier: Pandectae justinianae in novum ordinem digestae, 3 Bände 1748. Es sind hier unter der Aufschrift der Pandektentitel die hauptsächlichen in deren Materie einschlägigen Stellen in systematischer Ordnung aufgeführt. Das Werk ist zu empfehlen für Fälle, in denen man sich aus den Quellen über eine bestimmte Lehre vorläufig orientiren will.

1) Die Ansichten gehen darüber auseinander, ob die Eintheilung der Pandekten

Einen kürzeren fortlaufenden Kommentar giebt die Ausgabe von Dionysius Gothofredus, welche zuerst im Jahre 1583 erschien und seitdem aufgelegt wurde. Sie führte für das justinianische Rechtsbuch den Namen corpus juris civilis ein, welcher seitdem allgemein im Gebrauch blieb. Der Werth des Kommentars von Gothofredus liegt in der Aufführung der Parallelstellen, d. h. gleichartiger oder verwandter Aussprüche, und der Antinomieen, d. h. der widersprechenden Gesetze. Denn erst durch solche Vergleichung wird die einzelne Stelle in das rechte Licht gerückt.

2. Unter den Ausgaben ohne Kommentar ist sehr verbreitet die von den Gebrüdern Kriegel, in welcher diese die Pandekten, Herrmann den Kodex, Osenbrüggen die Novellen herausgaben.

Am korrektesten geben den Text Mommsen, Krüger und Schoell, 1877 ff., und zwar hat Mommsen die Pandekten, Krüger die Institutionen und den Kodex, Schoell die Novellen bearbeitet.

Nach der letzteren Ausgabe wird in unserem Werke citirt.

Die herkömmliche Citirmethode veranschaulichen folgende Beispiele:

1) **pr. J. de legatis 2, 20.**

Das „J" bedeutet Justinians Institutionen,
die folgende „2" zeigt auf deren zweites Buch,
die „20" auf den zwanzigsten Titel des Buches mit der Ueberschrift „de legatis".

Endlich hat man in diesem Titel den ersten Satz — pr. — aufzusuchen, um die citirte Stelle zu haben.

Pr. = principium ist nämlich in Institutionen, Pandekten, Kodex der Einleitungsparagraph; die folgenden Paragraphen werden als §§ 1, 2 u. s. w. bezeichnet.

2) **l. 23 § 2 D. de serv. pr. rust. 8, 3.**

Das „D" bezeichnet die Digesten oder Pandekten,
die „8" citirt das achte Buch dieses Werkes,
die „3" den dritten Titel dieses Buches.
In diesem Titel ist die dreiundzwanzigste lex = l. zu finden,

---

in vetus, infortiatum und novum auf Erfindung beruht, oder im Zufall ihre Veranlassung hat. Die erste Ansicht unterstellt einen Aberwitz schlimmster Art. Auch sprechen die Namen der drei Theile gegen sie: Das Wahrscheinliche ist, daß das Urexemplar der Vulgathandschriften nur bis zu den Worten tres partes reichte, was man sich durch eine zufällige Vernichtung der letzten Theile der Handschrift erklären kann. Damit ist nicht ausgeschlossen, daß diese Handschrift auf einer Abschrift der Florentina beruhte. Irgend ein Besitzer hat dann das Exemplar durch eine neue Abschrift der Florentina ergänzt, indem er den zweiten Theil durch das Stück von tres partes an verstärkte und den dritten Theil als Digestum novum zufügte. Siehe Mommsen in Bekkers Jahrbuch Bd. 5 S. 429 und praefatio der Digesta LXXII. Vgl. auch Scheurl in Zeitschrift für Rechtsgesch. Bd. 12 S. 143 ff.

d. h. das dreiundzwanzigste in dem Titel aufgenommene Bruchstück. Der § 2 dieser lex ist die aufzusuchende Stelle.

3) **l. 15 pr. C. de testamentis 6, 23.**

Das „C" bezeichnet den Kodex von Justinian,
die „6" das sechste Buch dieses Kodex,
die „23" den dreiundzwanzigsten Titel dieses Buches,
die vorgestellte Zahl „15" die fünfzehnte Verordnung, deren erster Satz — als pr. bezeichnet — die gesuchte Stelle ist.[2 3]

4) Die Novellen citirt man wie moderne Bücher: nov. 118 cap. 1.

§ 8. 1. Die Institutionen.

Bis Justinian dienten die Institutionen des Gajus theils in echter Gestalt, theils in Umarbeitungen, der Einführung der studirenden Jugend in die Rechtswissenschaft.[1] Justinian setzte an deren Stelle kaiserliche Institutionen. Die Institutionen nahmen das Lehrbuch von Gajus zur Grundlage,[2] vervollständigten es aber aus anderen Büchern klassischer

---

2) Des weiteren ist Folgendes zu bemerken: a) Buch 30, 31 und 32 der Pandekten über die Vermächtnisse zerfallen nicht in Titel: man citirt D. de legatis I, II, III. — b) Enthält ein Titel nur eine lex, so citirt man l. un. = lex unica. — c) Handelt es sich um eine vorher citirte Stelle, so schreibt man l. cit. = lex citata. — d) Citirt man den Titel, welcher die besprochene Lehre ex professo behandelt, so schreibt man oft h. t. = hujus tituli. — e) Citirt man eine l. aus einem Titel, den man eben anführte, so schreibt man oft eod., z. B. l. 6 D. eod. — f) Zieht man aus einer Stelle nur eine Schlußfolgerung, so schreibt man oft arg. = argumento.

3) Die Citirmethode des Textes ist die derzeit herrschende. Es finden sich aber auch bei den Neueren mancherlei Abweichungen. a) Einige citirten die Pandektenstellen statt l. = lex mit fr. = fragmentum, und die Kodexstellen statt l. mit c. = constitutio. — b) Einige citirten die Titelüberschrift ohne Hinzufügung der Zahl des bezüglichen Buches und Titels, z. B. l. 1 D. de rei vindicatione. Man verläßt sich darauf, daß jeder Leser weiß, daß es sich um Titel 1 des 6. Buchs der Pandekten handele. Ein Verzeichniß der Titelüberschriften der Institutionen, der Pandekten und des Kodex fehlt zudem nur in wenigen Ausgaben. In der Ausgabe von Mommsen findet es sich unmittelbar nach dem Titelblatt des ersten Bandes. Manche citiren die Titel bloß mit Zahlen, z. B. l. 1 D. 6, 1, was wenig zweckmäßig ist. — c) Einige verlassen die hergebrachte Weise, die gesuchte lex bei der Citation vorzustellen, und citiren nach der Ordnung, wie man aufschlägt, z. B. D. de rei vindicatione 6. 1 l. 1 statt l. 1 D. de rei vindicatione 6, 1. — Die Glossatoren citiren in anderer Weise, als die Neueren, was zum Theil mit dem Mangel einer feststehenden Zählung der leges und Paragraphen zusammenhängt. Ueber die Citirmethode der Glossatoren vergl. Thibaut, civilistische Abhandlungen, Abh. 10 „Ueber die Arten, das Corpus juris Romani zu citiren."

1) Vgl. Dernburg, die Institutionen des Gajus 1869; siehe auch die italienische Bearbeitung dieses Buches von Felice Cattaneo. Pavia 1881. — Ueber die Hypothese von Mommsen in Bekkers Jahrbuch Bd. 3 S. 12, wonach Gajus Rechtslehrer in Troas war, vgl. Wlassak, Prozeßgesetze Bd. 2 Vorrede II und S. 225 und namentlich Longinescu, Cajus der Rechtsgelehrte S. 3, Berl. Inaug. Dissert. 1896.

2) Das Verhältniß der Institutionen und des Gajus stellt vor Augen Gneist, syntagma institutionum 1858, in zweiter Auflage 1880.

römiſcher Juriſten, ſchieden das veraltete aus und nahmen auch Ueberſichten wichtiger Konſtitutionen Juſtinians in ſich auf.[3]

Der Zweck der Inſtitutionen Juſtinians war eine gedrängte Darſtellung der Elemente des geltenden Rechtes. In erſter Linie Lehrbuch, ſind ſie zugleich Geſetzbuch. Sie traten zugleich mit den Pandekten als ſolches in Kraft.

Die ſyſtematiſche Gliederung der Inſtitutionen von Juſtinian, wie von Gajus, beruht auf der Anſchauung, daß ſich alles Recht entweder beziehe auf personae — Lehre von den Rechtsſubjekten — oder auf res — Lehre von den Vermögensrechten — oder auf actiones — Lehre von den Klagerechten.[4]

Die Inſtitutionen Juſtinians zerfallen in vier Bücher, die Bücher in Titel mit beſonderen Ueberſchriften.

Von dürftigen Fragmenten abgeſehen, ſind die Inſtitutionenhandſchriften nicht alt. Zwei reichen in das 9. oder 10. Jahrhundert, die anderen nur in die Gloſſatorenzeit zurück.[5]

Um den Text hat ſich Krüger verdient gemacht. Einen reichen und belehrenden Kommentar giebt die Inſtitutionenausgabe von Schrader 1833.

§ 9. 2. Die Pandekten.

Den Kern des juſtinianiſchen Geſetzeswerkes bilden die Pandekten. Sie wurden durch die constitutio „Deo auctore“ vom 15. December 530 vorbereitet, welche die Einſetzung einer Kommiſſion unter Tribonians Vorſitz zu ihrer Abfaſſung anordnete. Am 16. December 533 wurden die Pandekten durch die Konſtitutionen „Tanta“ und „Δέδωκεν“ publicirt und unter demſelben Datum durch die Konſtitution „Omnem reipublicae“ den Rechtslehrern mitgetheilt. Sie traten am 30. December 533 im Reiche Juſtinians in Kraft.

In 50 Büchern, welche in Titel zerlegt ſind, enthalten die Pandekten Auszüge aus Schriften von 39 römiſchen Juriſten, welche vorzugsweiſe der heidniſchen Kaiſerzeit angehören. Die Auszüge tragen den Namen des Verfaſſers und des Werkes, dem ſie entnommen ſind, an der Spitze. Man pflegt ſie Geſetze — leges — zu nennen.

3) Ueber die Entſtehung der Inſtitutionen Juſtinians giebt deren prooemium Auskunft. Die Redaktoren waren hiernach Tribonian und die Profeſſoren Theophilus und Dorotheus. Man nimmt an, daß Dorotheus die beiden erſten, Theophilus die beiden letzten Bücher ausgearbeitet, Tribonian aber die Geſammtleitung gehabt habe. Grupe de Justiniani institutionum compositione 1884. Karlowa, Rechtsgeſchichte Bd. 1 S. 1015. Vgl. aber auch Krüger a. a. O. S. 341. Ferrini, de inst. compositione, Ztſchr. d. Savignyſtiftung Bd. 11 rom. Abth. S. 106.

4) § 12 J. de jure nat. 1, 2. Omne autem jus quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones; vgl. Gaj. Inst. I § 8.

5) Vgl. die Vorrede von Krüger zu ſeiner Inſtitutionenausgabe.

Manche Neuere sprechen anstatt dessen von Fragmenten. In der That haben diese Ausführungen wenig von Gesetzen im Sinne der Neueren an sich. Es sind wissenschaftliche Erörterungen, welche diesen Charakter dadurch nicht verlieren konnten, daß sie Justinian zu Gesetzen erklärte.

Die Pandekten sollten, wie die Institutionen, nicht bloß als Gesetz, sondern auch als Lehrbuch benutzt werden.

Was den Text anlangt, so ist hervorzuheben:[1] [2]

a) Die wichtigste Handschrift ist die lange Zeit Pisa angehörende, später durch Florenz gewonnene Florentina, früher Pisana genannt.[3]

Diese Handschrift ist zwar nicht, wie Aeltere vermeinten, das Handexemplar Justinians, aber doch zu Anfang des 7. Jahrhunderts zu Byzanz verfertigt. Sie ist nahezu vollständig. Sie giebt zum Theil eine doppelte Recension, nämlich die Recension desjenigen Manuskriptes, welches der Abschrift zu Grunde lag und nach welchem sie ein erster Korrektor revidirte, und die Recension einer jüngeren Handschrift, nach welcher ein zweiter Korrektor verbesserte. In der Regel muß die zweite Textrecension, als eine modernisirte, der ersteren nachstehen.[4]

Außer der Florentina haben sich Bruchstücke sehr alter Handschriften erhalten, die Neapolitaner und die Pommersfelder Fragmente, beide geringen Umfanges.

b) Man zählt ferner zahlreiche sogenannte Vulgathandschriften, welche in der Zeit der Glossatoren und später geschrieben sind. Nach Mommsens Ansicht sind es an die fünfhundert.[5]

Das Verhältniß dieser Vulgathandschriften zur Florentina erschien als Räthsel. Ihre Abhängigkeit von der Florentina ist sicher, denn die Vulgathandschriften haben zahlreiche Fehler aus der Florentina übernommen, und sogar die Unordnung, welche durch Verheftung von Blättern

---

1) Die vollkommenste Pandektenausgabe ist die von Th. Mommsen Digesta Justiniani Augusti 1870 2 Bde. mit einer höchst belehrenden Vorrede.

2) Mommsen, Ueber die kritische Grundlage unseres Digestentextes in Bekker und Muthers Jahrbuch Bd. 5 S. 18, und dann in der Vorrede zu seiner Digestenausgabe. Vgl. auch Zachariä von Lingenthal in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 10 S. 165. Ueber Handschriften und Ausgaben des corpus juris ist auch die Darstellung von Brinz, Pandekten Bd. 1 § 3 ff. zu vergleichen.

3) Die Pisaner erbeuteten einer alter Nachricht zufolge die Handschrift bei der Eroberung von Amalfi im Jahre 1135, siehe Pernice in der Zeitschr. der Savignystiftung rom. Abth. Bd. 6 S. 300. Nach Buonamici archivio giuridico Bd. 46 brachte sie Burgundio direkt von Konstantinopel nach Pisa; die Florentiner nahmen sie Pisa nach dessen Eroberung im Anfang des 15. Jahrhunderts weg.

4) Das Nähere siehe bei Mommsen, Vorrede a. a. O. LIV ff., vgl. auch Zachariä a. a. O. S. 172.

5) Mommsen Vorrede S. XXXXV „si tria volumina seorsum computamus."

der Florentina entstand, sämmtlich getreulich kopirt. Andererseits enthalten die Vulgathandschriften unzweifelhaft echte Ergänzungen der Florentina. Die Handschrift von der sie stammen, — dahin hat Mommsen den Sachverhalt aufgeklärt —, beruhte auf der Florentina, wurde aber bei einer Revision aus einer anderen, nunmehr verlorenen Handschrift ergänzt, verbessert, hie und da verschlechtert.[6]

Demnach haben die Vulgathandschriften der Florentina gegenüber nur insoweit Bedeutung, als sie eine Ergänzung oder Verbesserung aus anderer Quelle erkennen lassen.

c) Sehr untergeordneten Werth hat die lectio Haloandrina, d. h. die Lesart Haloanders in seiner Pandektenausgabe von 1529. Denn das Bestreben Haloanders war nach der Weise seiner Zeit vorzugsweise auf einen möglichst lesbaren Text gerichtet, so daß er sich an seine handschriftlichen Vorlagen nicht band.[7]

d) Das wichtigste Mittel für die Rekonstruirung des echten Textes der Pandekten sind neben der Florentina die griechischen nachjustinianischen Rechtsquellen, insbesondere der Text der Basiliken. Stimmen Basiliken und Florentina überein, so ist die Lesart regelmäßig unanfechtbar. Wir sind nicht befugt, sie um deswillen zu ändern, weil uns das Ergebniß als ein unzweckmäßiges erscheint, oder weil es singulär, von allgemeinen Grundsätzen abweichend ist.[8]

---

6) Nach Mommsen haben alle Vulgathandschriften ihre Quelle in einer Abschrift der Florentina etwa aus dem 11. Jahrhundert. Mommsen bezeichnet sie mit S. Diese Handschrift sei dann an einigen Stellen aus einer anderen alten, von der Florentina verschiedenen Handschrift emendirt worden, vgl. S. LXX der Vorrede der Digesta von Mommsen. Siehe übrigens auch oben § 7 Anm. 1.

7) Das Verfahren von Haloander bei Herausgabe der Pandekten schildert eingehend Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 189.

8) Ein Beispiel giebt die l. 7 § 2 D. de distr. pign. 20, 5 von Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam. Nach der Lesart der Florentina, mit welcher die Basiliken übereinstimmen, wird dort ein Vertrag zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpfänder, wonach der letztere die Pfandsache nicht veräußern darf, für gültig, der zuwiderlaufende Verkauf für nichtig erklärt. In anderen Fällen haben aber vertragsmäßige Veräußerungsverbote nach römischem Rechte eine derartige dingliche Wirkung nicht. Deshalb modelt man die l. 7 § 1 cit. sehr häufig um. Mommsen schiebt zwischen nullam und venditionem ein „nec impediendam esse“. Andere helfen anders. Uns scheint jede Aenderung unberechtigt. Einen Kopistenfehler nimmt Kohler pfandrechtliche Forschungen S. 68 an. Derselbe sei sehr alt und in verschiedene Handschriften übergegangen. Was bürgt uns dann dafür, daß er, wenn wirklich vorhanden, nicht älter ist, als die Kompilation Justinians, und daß nicht die Kompilatoren den Satz, wie er uns vorliegt, mit dem Bewußtsein seiner Besonderheit aufnahmen? Können nicht die Kompilatoren selbst den Fehler, d. h. die Abweichung von den regelmäßigen Grundsätzen, verbrochen und eine Singularität eingeführt haben? Mit Möglichkeiten verliert man den festen Boden, welchen der handschriftlich beglaubigte Text allein abgiebt. Vgl. auch Herm. Bickell, de interpretatione fragmenti 7 § 2 de distr. pign.. Inaug.Diss. Marb. 1868.

§ 10. 3. Der codex constitutionum.

1. Justinian kam im Jahre 527 zur Regierung. Bereits im folgenden Jahre erließ er in der const. „Haec quae necessario" den Befehl zur Herstellung eines codex, in welchem alle für die Praxis wichtigen Verordnungen römischer Kaiser aufgenommen werden sollten. Die const. „Summa reipublicae" vom April 529 publicirte das rasch vollendete Werk.

Nach der Abfassung der Pandekten schien eine vermehrte und verbesserte Auflage, ein „codex repetitae praelectionis" nöthig. Derselbe wurde durch die const. „Cordi nobis" vom 29. December 534 ab in Kraft gesetzt. Er ist durch die Verordnungen vermehrt, welche Justinian während der Abfassung der Pandekten erlassen hatte. Zu diesen gehörten 50 Entscheidungen von Kontroversen klassischer Juristen, die „quinquaginta decisiones".

Der zweite Kodex allein ist erhalten.

Der Kodex zerfällt in 12 Bücher, jedes Buch in Titel. Die Titel enthalten Konstitutionen mit Aufschrift und Unterschrift. Die ältesten aufgenommenen Verordnungen sind von Hadrian.

Die Konstitutionen sind überwiegend in lateinischer Sprache erlassen. Einige jedoch waren griechisch abgefaßt. Sie verloren sich in den Handschriften, welche man im Abendlande zur Zeit des Mittelalters veranstaltete. Erst im 16. Jahrhundert wurden sie aus griechischen Quellen ihrem Sinne nach hergestellt und in die Kodexausgaben aufgenommen — leges restitutae.[1]

2. Die im Kodex gesammelten Verordnungen sind nur zum kleineren Theile Gesetze im Sinne der Neueren; die meisten Konstitutionen sind kaiserliche *Reskripte*, d. h. Entscheidungen von in der Praxis verhandelten Rechtssachen auf Anfragen; die Anfragen sind nicht mehr vorhanden. Damit fehlt ein wesentliches Moment zur Beurtheilung der Tragweite der Antwort, obgleich diese meist die wichtigsten Punkte der Anfrage rekapitulirt.

3. In welchem Verhältniß der *Kodex* zu den *Pandekten* und zu den *Institutionen* steht, war von jeher bestritten. Viele geben dem *Kodex* als dem — in seiner zweiten Ausgabe — *später publicirten Gesetze* den Vorzug. Dies ist aber nicht richtig. Nach dem Willen Justinians sollten vielmehr Institutionen, Pandekten und Kodex als *ein* Werk gelten, dessen einzelne Theile nur aus äußeren Gründen zu verschiedenen Zeiten fertig gestellt und publicirt wurden. Ausdrücklich erklärt Justinian in der const. tanta bei Einführung der Pandekten,

1) Witte, die leges restitutae des justinianischen Codex. 1830.

das ganze römische Recht liege in den drei volumina der Institutionen, Pandekten und des Kodex beschlossen vor; die Institutionen und Pandekten sollten gelten „una cum nostris constitutionibus." Allerdings hat man hiergegen hervorgehoben, diese bei der Einführung der Pandekten im Jahre 533 abgegebene Erklärung beziehe sich bloß auf das Verhältniß der Institutionen und Pandekten zu dem alten, nicht auf uns gekommenen Kodex, nicht aber auf ihr Verhältniß zum neuen Kodex vom Jahre 534.[2] Aber dieser Einwand würdigt nicht, daß die const. tanta, in welcher sich die angeführte Erklärung Justinians findet, in den neuen Kodex von Justinian aufgenommen ist und einen Bestandtheil desselben bildet. In diesem Zusammenhange bezieht sie sich gerade auf den neuen Kodex und nur auf ihn.[3]

Diejenigen Verordnungen jedoch, welche nach der Publikation der Institutionen und der Pandekten veröffentlicht wurden und dem älteren Recht widersprachen, haben dasselbe abgeändert.

4. Unter den Kodexhandschriften nimmt den ersten Platz der Veroneser Palimpsest ein, an Alter der Florentina ebenbürtig, aber nur lückenhaft erhalten. Die Handschriften der ersten neun Bücher, die in das 11. Jahrhundert hinaufreichen, beruhen auf einem seinerzeit verbreiteten Auszuge, welcher später aus einem vollständigen Exemplar ergänzt wurde. Die erhaltenen Handschriften der letzten drei Bücher sind erheblich jünger.[4] Den Kodexausgaben widmeten sich von Aelteren Haloander, welcher zum Theile eine selbständige Handschrift besserer Art — den codex Egnatianus — benutzte,[5] dann Contius, in neuerer Zeit Herrmann in der Ausgabe des corpus juris von Kriegel. Sie alle hat die Ausgabe von Krüger 1873 ff. in Schatten gestellt.[6]

§ 11. 4. Die Novellen.[1]

I. Die Novellen — novellae constitutiones — sind Verordnungen, welche Justinian nach Publikation des zweiten Kodex erließ. Die älteste

2) Dies ist die Argumentation von Wächter, Pandekten Bd. 1 S. 118.

3) Nachdem dies niedergeschrieben war, habe ich dieselbe Argumentation bei Adolf Schmidt, Leipziger Programm 1881 über Gewohnheitsrecht S. 23 gefunden. Dasselbe Resultat gewinnen aus anderen Gründen Thibaut, civil. Abhandlungen 1814 Abh. 6, Savigny, System Bd. 1 S. 271.

4) Ueber Handschriften und Ausgaben orientirt Paul Krüger, Kritik des justinianischen Kodex 1867; vgl. hierzu denselben, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 8 S. 1 ff., Bd. 11 S. 166, ferner Krüger, Quellen S. 377.

5) Der codex Egnatianus reichte vom 4. Titel des 1. Buchs bis zum 44. Titel des 9. Buchs; im 4. Buch fehlte der größte Theil, das 7. Buch fehlte fast ganz. Vgl. Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 194.

6) Krüger hat den codex Justinianus 1873 herausgegeben. Er hat denselben dann auch im corpus juris von Mommsen edirt.

— nov. 1 — ist am 1. Januar 535, die jüngste — nov. 137 — kurz vor dem im Jahre 565 erfolgten Tode Justinians publicirt.

Viele Novellen haben nur ein geschichtliches Interesse. Sie beziehen sich auf kirchliche Zustände und die Verfassung des byzantinischen Reiches, sowie auf lokale Einrichtungen desselben. Einige Novellen aber sind von einschneidender Wichtigkeit; dies gilt vor allem von der Nov. 118, welche die Intestaterbfolge der Verwandten neu regelte, wie auch von der Nov. 115 über das Notherbenrecht der Descendenten und der Ascendenten.

Die meisten Novellen wurden in griechischer Sprache abgefaßt, nur wenige in lateinischer.

Eine officielle Sammlung seiner Novellen hat Justinian nicht herausgegeben.

II. Hinsichtlich der Ueberlieferung ist hervorzuheben:

1. Im früheren Mittelalter benutzte man in Italien die s. g. epitome Juliani, einen lateinischen Auszug aus 124 Novellen Justinians, welchen der Professor Julian zu Konstantinopel um das Jahr 556 verfertigte.[2]

2. Im 12. Jahrhundert lernte man in Italien das s. g. Authenticum kennen, eine Sammlung von 134 Novellen. Sie gab den Originaltext der lateinisch erlassenen Novellen und eine lateinische Uebersetzung der griechischen Novellen Justinians. Die Uebersetzung ist eine wörtliche, zum Theile stümperhaft, hie und da unverständlich. Sie wurde wahrscheinlich in Italien zu Ende des Jahres 556 auf Justinians Anordnung officiell verfaßt. Daher der Name Authenticum.[3] Man bezeichnet diese Sammlung auch als Vulgata.

Die Glossatoren verfertigten Auszüge, s. g. authenticae, welche sie in den Kodex je an den bezüglichen Ort einfügten.[4]

3. Eine andere Sammlung von 168 Novellen wurde seit dem 16. Jahrhundert im Occident allgemein bekannt. Sie stammt aus der Zeit von Tiberius II. (578—582) und enthält größtentheils Verord-

---

1) F. A. Biener, Geschichte der Novellen Justinians 1824.

2) Welchen Titel der Autor dem Werke gab, ist unbekannt. Handschriftlich findet sich als Titel: Constitutiones novellae Justiniani de graeco in latinum translatae per Julianum virum eloquentissimum antecessorem civitatis Constantinopolitanae.

3) Dies hat Zachariae ausgeführt: Zur Geschichte des Authenticum und der epitome novellarum des antecessor Julianus; Sitzungsbericht der preußischen Akademie der Wissenschaften 1882 XLV. Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 1 S. 1021 theilt diese Hypothese. Vgl. auch Breßlau in der Zeitschrift der Savignystiftung rom. Abth. Bd. 6 S. 250. Gegner ist Krüger, Quellen S. 356. Conrat, Gesch. d. Quellen S. 133.

4) Im corpus juris von Mommsen und Krüger sind diese Authentiken aus dem Texte des Codex hinausgewiesen. In dieser Ausgabe finden sie sich in appendix II des Kodex verzeichnet.

nungen Justinians, aber auch Zuthaten. Die Sammlung ist durchweg griechisch. Novellen Justinians, deren Original lateinisch war, sind hier in das Griechische übertragen.[5]

Mittels der beiden Sammlungen kennen wir 165 justinianische Novellen.[6] Die Lesart des Authenticum ist nicht, wie manche annehmen, als die gemeinrechtlich entscheidende anzusehen.[7] Vielmehr ist der justinianische Text soweit möglich zu erforschen und maßgebend. Für die griechisch erlassenen Novellen ist daher die griechische Sammlung zu Grunde zu legen. Gewohnheitsrechtliche Bildungen, die sich an den Text des Authenticum anschlossen, haben natürlich gleichwohl Kraft.

III. Die Novellen haben unbestrittenermaßen den Vorzug vor anderen Bestandtheilen des corpus juris civilis. Jüngere Novellen haben in Kollisionsfällen den Vorzug vor älteren.

II. Das kanonische Recht.

§ 12. 1. Das corpus juris canonici.

Die zweite Hauptquelle des gemeinen Rechtes bildet das kanonische Recht. Es ist dies die von der römischen Kirche ausgehende Gesetzgebung, wie sie sich im Mittelalter und in dessen Ausgange feststellte. Sie erstreckt sich keineswegs bloß auf Kirchenrecht. Die gewaltige Stellung der Kirche im Mittelalter erklärt, daß sie außer den rein kirchlichen Sachen und dem Prozeß auch Strafrecht und Privatrecht in den Bereich ihrer Gesetzgebung ziehen konnte.

Man unterscheidet das corpus juris canonici clausum und non clausum. Das geschlossene corpus juris canonici[1] bilden folgende Bücher:

1. Das decretum Gratiani, eine Privatarbeit des Mönches

5) Zuerst gab den griechischen Text der Novellen nach dieser Handschrift Haloander heraus. Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 197. Dort findet sich S. 206 die Angabe der nächstfolgenden Ausgaben. Die neueren Ausgaben sind von Osenbrüggen, oben § 7 Ziff. 2, Abs. 1, Zachariä 2 Bde. 1881 und von Schöll, oben § 7 Ziffer 2 Absatz 2.

6) Glossirt sind 96 Novellen. In der Ausgabe von Osenbrüggen sind die glossirten durch Gl. ausgezeichnet.

7) Manche legen bei den Novellen den Text des Authenticum als den angeblich recipirten zu Grunde, vgl. Osenbrüggen in Lindes Zeitschrift Bd. 17 Nr. 11. Daß die Regel „quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit forum“ dies nicht begründen kann, darüber vgl. oben § 4 Ziffer 3.

1) Ausgaben des corpus juris canonici sind:
a) die unter Autorität des Papstes Gregor XIII. publicirte s. g. römische von 1582 mit der Glosse, b) das corpus juris canonici von J. H. Böhmer 1742, c) die Ausgabe von Aem. Ludw. Richter 1839, d) diejenige von Aem. Friedberg 1877 und 1881. Diese Ausgabe restituirt den ursprünglichen Text Gratians.

Gratian aus dem 12. Jahrhundert. Der Titel, welchen man früher diesem Werke gab, concordia discordantium canonum zeigt die Intention der Arbeit an. Scheinbare Widersprüche der kirchlichen Quellen sollten in Harmonie gebracht werden. Zu diesem Zwecke wurden Zusammenstellungen aus sehr verschiedenen kirchlichen Quellen gemacht. An sie schließt sich der Versuch der Vereinigung — dicta Gratiani.

Das Dekret wurde als Lehrbuch benutzt. Die von Gratian angezogenen Stellen erhielten zum größeren Theil gesetzesgleiche Geltung durch den Gebrauch der Kirche. Die dicta Gratiani gewannen aber eine solche Geltung nicht.[2]

2. Gregor IX. stellte eigene und ältere päpstliche Verordnungen — Dekretalen — zusammen und publicirte sie im Jahre 1234.

Die Dekretalen Gregors IX. zerfallen in fünf Bücher, jedes Buch in Titel mit Ueberschriften; die Titel enthalten die einzelnen Verordnungen. Die Anordnung war der des justinianischen Kodex nachgebildet.

Die Dekretalen sollten sich zum Dekretum des Gratian ungefähr verhalten, wie der Kodex Justinians zu den Pandekten.[3]

3. Bonifaz VIII. publicirte im Jahre 1298 einen Nachtrag zu den Dekretalen Gregors IX. — den liber sextus decretalium. Das Buch zerfällt in fünf Bücher und in Titel, wie die Dekretalen Gregors IX., als deren Ergänzung.[4]

4. Den letzten Bestandtheil bilden die fünf Bücher Clementinae, eine von Clemens V. zusammengestellte, von ihm selbst 1313, in seiner gegenwärtigen Gestalt von seinem Nachfolger 1317 kundgemachte Sammlung von Dekretalen dieses Papstes und der durch ihn bestätigten Beschlüsse des Koncilium von Vienne.[5]

Die beiden anderen im corpus juris canonici noch enthaltenen

---

2) Das Dekret zerfällt in drei partes: a) der erste Theil hat 101 Distinktionen. Man citirt c. 1 Dist. 10. d. h. der erste Kanon der 10. Distinktion im ersten Theil des Dekrets; b) der zweite Theil zerfällt in 36 Causae, d. h. Rechtsfälle, über welche verschiedene Fragen — quaestiones — aufgeworfen und durch canones beantwortet werden. Man citirt c. 2 C. 1 qu. 5, d. h. in der Causa 1 und deren quaestio 5 der canon 2. Von den quaestiones dieses Buches ist die dritte quaestio der causa 33 — de poenitentia — in 7 Distinktionen getheilt. Man citirt c. 9 Dist. 2 de poenitentia; c) der dritte Theil des Dekretes heißt: de consecratione. Dieser Theil zerfällt in fünf Distinktionen. Man citirt c. 67 Dist. 2 de consecratione, d. h. der 67. canon der 2. Distinktion des 3. Theiles des Dekretes.

3) Die Dekretalen Gregors IX. bezeichnet man mit X = extra = extra decretum Gratiani vagantes. Man citirt entsprechend der Citation des justinianischen Kodex c. 4 X de probationibus 2, 19.

4) Man bezeichnet das Werk mit in 6to und citirt es im übrigen wie die Dekretalen Gregors IX., z. B. cap. 2 in 6to de renunciatione 1, 7.

5) Man citirt c. 2 in Clem. de haereticis 5, 3, d. h. die 2. Verordnung im 3. Titel des 5. Buches der Clementinae.

Sammlungen — die extravagantes Johannis XXII und die extravagantes communes — bilden das corpus juris canonici non clausum.

Von hervorragender Wichtigkeit sind die Beschlüsse des concilium Tridentinum, welches von 1545—1563 tagte und der Verfassung der katholischen Kirche den Abschluß gab.[6]

§ 13. 2. Die Reception des kanonischen Rechtes in Deutschland.

1. Man kann darüber streiten, ob es richtig ist, von einer Reception des kanonischen Rechtes in Deutschland zu reden.

Denn der Papst war in Deutschland bis zur Reformation Obrigkeit und oberster Gesetzgeber in geistlichen Dingen und in allem, was unter dem religiös-ethischen Gesichtspunkt hiermit in Zusammenhang gebracht werden konnte. Die geistlichen Gerichte Deutschlands wendeten daher die gehörig publicirten päpstlichen Dekretalen als unmittelbar verbindliches Gesetz an und diese Gerichte hatten die umfassendste Zuständigkeit auch in weltlichen Sachen.[1]

Aber den ungelehrten Gerichten der Schöffen blieb das kanonische Recht im wesentlichen fremd. In die weltlichen Gerichte drang es erst ein, als gelehrte Gerichte die Volksgerichte verdrängt hatten. Vom Standpunkte der weltlichen Gerichte aus läßt sich daher mit Fug von einer Reception des kanonischen Rechts sprechen. Als maßgebend erachtete man hierbei das corpus juris canonici clausum. Aber der Gerichtsgebrauch hielt sich hieran nicht strenge. Auch das concilium Tridentinum beeinflußte ihn, vor allem im katholischen Eherecht, aber auch in anderen Bestimmungen, z. B. bezüglich der Kirchenbaulast der Patrone.[2]

2. Viel bestritten ist das Verhältniß des kanonischen zum römischen Rechte. Meist giebt man dem kanonischen Rechte als der jüngeren Rechtsquelle den Vorzug. Doch die Reception beider Rechtsquellen geschah zusammen durch den Gerichtsgebrauch. Dieser hielt sich aber nicht an ein formales Princip, sondern gab denjenigen Bestimmungen den Vorzug, welche den deutschen Rechtsanschauungen entsprachen.[3]

---

6) Daß die katholische Kirche als ein lebendiger Organismus sich auch seitdem in Lehre und Verfassung weiter entwickelt hat, unter Anderem durch das concilium Vaticanum von 1870, versteht sich von selbst. Der große historische Abschluß aber, insbesondere auch gegen den Protestantismus liegt im Tridentinum.

1) Ueber die Gerichtsbarkeit der Kirche im Mittelalter vgl. die interessante Darstellung von Muther, Zur Geschichte der Rechtswissenschaft S. 21 ff.

2) Concilium Tridentinum sessio 21 cap. 7. Vgl. Carpzov, jurispr. consist. lib. 2 def. 334 ff., G. L. Böhmer, principia juris can. § 597.

3) Unter vielen Beispielen heben wir einige hervor. Das kanonische Recht er-

Das Verhältniß der beiden Rechte war auch keineswegs in den verschiedenen Jahrhunderten seit der Reception stets dasselbe. Vor allem wurde in Folge der Reformation in den evangelischen Ländern die Geltung des kanonischen Rechtes beseitigt, soweit es der evangelischen Lehre widersprach.[4] Später wurden noch andere Rechtssätze des kanonischen Rechtes, welche man in älterer Zeit als rechtsverbindlich ansah, durch die Praxis aufgegeben.

Die Praxis ist also an erster Stelle über das Verhältniß beider Rechtsquellen zu befragen.[5] Nur soweit hiernach ein bestimmtes Resultat nicht zu gewinnen ist, muß man dem kanonischen Recht den Vorzug geben.

III. Die einheimischen Rechtsquellen.

§ 14. Rechtsquellen vor der Stiftung des norddeutschen Bundes.

1. Der deutsche Gerichtsgebrauch vorzugsweise hat das gemeine Recht erzeugt. Den Stoff entlehnte er zum größeren Theile den fremden Rechten und nur zu einem geringeren Theile dem einheimischen Rechte. Aber auch das fremde Recht bildete er vielfach im deutschen Sinne um.

Beispielsweise übernahm man in Deutschland die römische väterliche Gewalt; aber diese erreichte in Rom ihr Ende erst mit dem Tode des Vaters, sofern der Vater sie nicht selbst freiwillig durch Emancipation löste. In Deutschland dagegen endigte nach gemeiner Gewohnheit die Gewalt auch ohne den Willen des Vaters mit der persönlichen und wirthschaftlichen Selbständigkeit des Kindes durch s. g. emancipatio Germanica. Das römische Rechtsinstitut war hiermit grundsätzlich geändert.

2. Die Gesetzgebung hatte nach alter deutscher Ansicht nicht die Aufgabe, das Privatrecht zu ordnen. Dies sollte sich im Kreise der Genossen entwickeln. Die Reichsgesetzgebung des Mittelalters zog hiernach im wesentlichen nur das öffentliche Recht in ihren Kreis, das Privatrecht

---

kennt die Rechtsbeständigkeit eines Testamentes vor dem Pfarrer und zwei Zeugen an. Die gemeine Gewohnheit aber beseitigte diese Testamentsform. Ebenso wurde das kanonische Verbot des Zinsennehmens durch die Praxis beseitigt, welche auf die Zinsbeschränkungen des römischen Rechtes zurückging. Das kanonische Recht fordert ferner für die Bildung eines Gewohnheitsrechtes Ablauf der Verjährungszeit; die neuere Praxis und Wissenschaft sieht hiervon ab. — In anderen Materien überwog wieder das kanonische Recht; so beispielsweise bezüglich der Frage, ob zur Verjährung bona fides des Präskribenten, d. h. dessen erforderlich ist, welchem die Verjährung zu gute kommt. S. unten § 149.

4) Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft Abth. 1 S. 273, „Der Kampf um das kanonische Recht".

5) Anders Bekker, Pand. Bd. 1 § 6 Anm. d.

wurde nur mittelbar und vereinzelt mitbetroffen.[1] Das bedeutendste Verfassungsgesetz des alten Reiches, die goldene Bulle Kaiser Karls IV. vom Jahre 1356, traf z. B. Bestimmungen über das Bergregal, welche von Wichtigkeit für das deutsche Bergrecht geworden sind.[2]

Die Hohenstaufen Friedrich I. und Friedrich II. sendeten einige zunächst für Italien bestimmte Gesetze zur Aufnahme in das corpus juris an die Glossatoren; durch diese wurden sie in den Kodex als authenticae Fridericianae eingeschaltet.[3] So kamen sie in Folge der Reception des römischen Rechtes mit demselben in Deutschland zur Geltung.

Das 16. Jahrhundert zeigt uns die Reichsgesetzgebung im Anschluß an die recipirten Rechte thätig. Es handelt sich auch jetzt vorzugsweise um Bestimmungen des öffentlichen Rechtes, die aber zugleich vielfach in das Privatrecht eingriffen.[4]

Die hauptsächlichsten Gesetze dieser Zeit sind:

a) Die Notariatsordnung von 1512. Sie hat namentlich die Form der Testamente im Anschluß an das römische Recht behandelt.

b) Der Reichsabschied von Speier von 1529 — vgl. unten Bd. 3 § 132 — entschied eine alte romanistische Streitfrage über das Erbrecht von Geschwisterkindern, welche Abkömmlinge verschiedener Geschwister sind, dahin, daß sie nicht nach Stämmen, sondern nach Köpfen theilen sollten, wenn sie ohne Konkurrenz von Geschwistern des Erblassers erben, und daß alle entgegenstehenden Statuten, Gewohnheiten und Gebräuche aufzuheben seien.

c) Eine Ordnung und Reformation guter Polizei — Reichspolizeiordnung — in 39 Titeln nahm 1530 der Reichstag zu Augsburg an. Sie wurde 1548 und 1577 verbessert.

Auf der Reichspolizeiordnung beruht die Entwickelung des deutschen Vormundschaftswesens.

d) Kaiser Karls V. und des heiligen römischen Reiches peinliche

1) Ueber die Reichsgesetzgebung im Mittelalter vgl. Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen Bd. 1 S. 459 ff., über die spätere Bd. 2 S. 186.

2) Vgl. Achenbach, das gemeine deutsche Bergrecht Bd. 1 S. 118.

3) Im corpus juris civilis von Mommsen und Krüger sind diese authenticae ebenso wie die Novellenauszüge ausgeschieden und in appendix II verwiesen. Die Verordnung Friedrichs II. vom Jahre 1220, die von den Glossatoren zerstückelt eingeschaltet wurde, ist dort im Zusammenhange wiedergegeben.

4) Die Reichsgesetze enthält: Neue und vollständige Sammlung der Reichsabschiede, welche von Conrad II. an abgefaßt worden, nebst den wichtigsten Reichsschlüssen. 4 Theile in 2 Bänden, Frankfurt am Main 1747. Eine andere Sammlung ist die von Gerstlacher, Handbuch der deutschen Reichsgesetze. 11 Theile, Karlsruhe 1786—1794. Eine brauchbare Zusammenstellung der wichtigsten Gesetze gewährt auch Schmauß, Corpus juris publici academicum; neu aufgelegt Leipzig 1774.

Gerichtsordnung von 1530 und 1532, die s. g. Carolina, ordnete das deutsche Strafrecht.

Aus dem folgenden Jahrhundert mag des instrumentum pacis Osnabrucensis von 1648 und des jüngsten Reichsabschieds von 1654 gedacht werden. Der letztere wurde für den gemeinen Prozeß wichtig.

Der nach der Auflösung des deutschen Reiches und der Beseitigung der Fremdherrschaft am 10. Juni 1815 gestiftete, im Jahre 1866 aufgelöste deutsche Bund hatte kein selbständiges Gesetzgebungsrecht. Es wurde aber im Jahre 1847 der Entwurf einer allgemeinen deutschen Wechselordnung auf Veranlassung Preußens in gemeinsamer Berathung festgestellt, desgleichen im Jahre 1861 auf Veranlassung des Bundestages ein allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch. Beide Gesetzbücher wurden in den bei weitem meisten deutschen Staaten publicirt. Sie waren kein deutsches gemeines Recht, weil sie formell nur auf der Publikation der Territorialstaaten beruhten,[5] aber sie waren allgemeines deutsches Recht, weil sie in dem bei weitem größten Theile Deutschlands galten.

§ 15. Die Gesetzgebung des norddeutschen Bundes und des deutschen Reiches.

Auf Grund der Vereinbarungen der deutschen Staaten rechts des Mains trat die vom ersten norddeutschen Reichstage angenommene Verfassung des norddeutschen Bundes mit dem 1. Juli 1867 in Kraft. An dessen Stelle trat auf Grund von Verträgen mit den süddeutschen Staaten seit dem 1. Januar 1871 das deutsche Reich. Am 16. April 1871 verkündete Kaiser Wilhelm I. die vom ersten deutschen Reichstag angenommene Reichsverfassung.[1]

Der norddeutsche Bund und das deutsche Reich wurden mit einer selbständigen und weiten Zuständigkeit in Sachen der Gesetzgebung ausgestattet. Ihr unterliegt seit dem Gesetze vom 20. December 1873 die gemeinsame Gesetzgebung über das gesammte bürgerliche Recht.[2]

Die großen Kodifikationen des Reiches sind:

a) die allgemeine Deutsche Wechselordnung und das Deutsche Handelsgesetzbuch, welche durch das Gesetz vom 5. Juni 1869 zu Bundesgesetzen erhoben und dann durch das Reichsverfassungsgesetz Reichsgesetze wurden.

5) Für die Wechselordnung haben dies manche bestritten, weil sie unter dem 26. Nov. 1848 vom Reichsverweser im Reichsgesetzbl. verkündet war. Aber der Reichsverweser hatte keine gesetzgebende Gewalt; Goldschmidt, Handelsr. Bd. 1 S. 77.

1) Das Genauere siehe bei Laband, Staatsrecht des deutschen Reichs. Bd. 1 § 2 ff.

2) Reichsverfassung Art. 4 Ziff. 13.

Gelegentlich der Ausarbeitung des Bürgerlichen Gesetzbuches wurde auch das Handelsgesetzbuch einer Revision unterzogen; dieses revidirte Handelsgesetzbuch datirt vom 10. Mai 1897;

b) das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, welches bereits zur Zeit des norddeutschen Bundes publicirt, für das deutsche Reich im Gesetze vom 15. Mai 1871 neu redigirt wurde;

c) das Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877, in neuer Fassung bekannt gemacht am 20. Mai 1898;

d) die Civilprozeßordnung vom 30. Januar 1877, in neuer Fassung bekannt gemacht am 20. Mai 1898;

e) die Strafprozeßordnung vom 1. Februar 1877;

f) die Konkursordnung vom 10. Februar 1877, in neuer Fassung bekannt gemacht am 20. Mai 1898.

Die letztgenannten vier Prozeßgesetze (die sogen. „Reichsjustizgesetze") traten sämmtlich mit dem 1. Oktober 1879 in Kraft.

g) Das Bürgerliche Gesetzbuch vom 18. August 1896 mit seinen Nebengesetzen, insbesondere dem Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, der Grundbuchordnung und dem Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Außer diesen Gesetzbüchern ist eine große Zahl von einzelnen Bundes- und Reichsgesetzen erlassen worden, welche zum Teil an den einschlägigen Orten zu nennen sind.[3]

Das System des Civilrechtes wird besonders berührt durch die Civilprozeßordnung. Denn materielles Recht und Prozeßrecht stehen in der engsten Wechselwirkung, da nur das Recht, welches prozessualisch im Bestreitungsfalle zur Durchführung gelangen kann, praktische Bedeutung hat. Die Lehre von der Klage, vom Beweis, vom Urtheil, von der Zwangsvollstreckung treffen daher das materielle Recht in seinem innersten Nerv.[4]

Das im Jahre 1870 geschaffene deutsche Reich ist keine Wiederherstellung des im Jahre 1806 aufgelösten Reiches. Es ist vielmehr eine neue Staatenbildung. Auch sein Recht hat einen anderen Charakter als das dem ehemaligen Reiche entstammende. Wohl ist es ebenfalls

3) Ein Verzeichniß von für das Privatrecht wichtigen Reichsgesetzen findet sich bei Stobbe, deutsches Privatrecht 3. Aufl. Bd. 1 S. 78 ff. Eine Uebersicht der preußischen und Reichsgesetze Wilhelms I. giebt Kirchenheim, Centralblatt für Rechtswissenschaft Bd. 7 Heft 8.

4) Eine wissenschaftliche Verarbeitung der für das Privatrecht wichtigen Bestimmungen der Reichsgesetze bis zum B.G.B. giebt Mandry, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze 4. Auflage, besorgt von Geib 1898.

gemeines Recht, aber von neuer Art. Um Mißverſtändniſſen vorzubeugen, wählen wir für daſſelbe den Namen Reichsrecht.

Das gemeine Recht war überwiegend Produkt des Gewohnheitsrechtes. Das Reichsrecht iſt ausſchließlich eine Schöpfung der Geſetzgebung. Das gemeine Recht ſtand als bloß ſubſidiär dem Landesrecht nach, das Reichsrecht hat abſolute Kraft, ſo daß es durch das Landesrecht nicht angetaſtet werden darf.

Zweites Kapitel.

Litteratur des Pandektenrechtes.[1]

§ 16. Die civiliſtiſche Litteratur bis zum 18. Jahrhundert.

Zwei entgegengeſetzte Richtungen machen ſich in der civiliſtiſchen Litteratur geltend, welche ſich an das römiſche Recht anknüpft. Der einen iſt es vor allem darum zu thun, in den Sinn des juſtinianiſchen Rechtsbuches einzudringen. Sie ſetzt alle Kraft daran, das Dunkel, welches auf ſo vielen Theilen dieſer merkwürdigen Urkunde liegt, zu erhellen, die in ihr niedergelegten Rechtsgedanken zu enthüllen. Da aber die Jurisprudenz eine praktiſche Wiſſenſchaft iſt, ſo macht ſich nach jeder Periode intenſiver Vertiefung in die Quellen das Beſtreben geltend, die in dem gelehrten Studium geübte und geſtählte juriſtiſche Urteilskraft an der Praxis zu bewähren und die gefundenen Rechtswahrheiten im Leben zu verwerthen. Das ſelbſtändige Studium der röm. Quellen tritt dann in den Hintergrund, bis neue Impulſe wieder zu ihm hinführen.

Die Litteraturepochen, zu denen wir uns zunächſt wenden, der Gloſſatoren einerſeits, der Poſtgloſſatoren andererſeits, dann der Humaniſten und endlich der deutſchen Praktiker, laſſen dieſen Gegenſatz klar hervortreten.

1. Ein ernſtes, folgerechtes und nachhaltiges Studium widmeten dem juſtinianiſchen Rechtsbuch zuerſt im Occident die Gloſſatoren.[2]

---

1) Einen Verſuch der civiliſtiſchen Litteraturgeſchichte enthält der 6. Band des Lehrbuchs eines civiliſtiſchen Curſus von Hugo 3. Aufl. 1830.

2) In den letzten Decennien haben ſich verſchiedene Schriftſteller, insbeſondere Fitting, Ficker, Conrat mit Aufhellung des Betriebs des Rechts vor der Gloſſatorenſchule befaßt. Ueber die Reſultate orientirt am beſten Fitting in der Zeitſchrift für Rechtsgeſchichte n. F. Bd. 7 S. 1 und in: die Anfänge der Rechtsſchule zu Bologna 1888. Daß die Lehre und auch eine litterariſche Behandlung des römiſchen Rechts auch nach dem Untergange des Römerreichs ſtets und zu allen Zeiten des

Die Glossatoren, die Lehrer des römischen Rechtes zu Bologna vom Beginn des 12. bis zur Mitte des 13. Jahrhunderts, gründeten eine Rechtsschule, deren Ruf bald über Italien hinausging und die von Studirenden aus vielen Theilen Europas, insbesondere auch aus Deutschland besucht wurde. In den Schriften der Glossatoren koncentrirte sich die gelehrte Rechtswissenschaft der Zeit. Aber auch in den folgenden Jahrhunderten behielten sie hohe Autorität. Sie bilden noch immer eine Grundlage für die civilistische Wissenschaft.

Die Wege wies der Schule Irnerius im Beginn des 12. Jahrhunderts.[4] Um die Mitte des 12. Jahrhunderts hatten seine Schüler, die „quatuor doctores" hohe Ehre. Es waren dies einmal Bulgarus — os aureum —, zweitens Martinus — copia legum —, welche in Politik und Jurisprudenz scharfe Gegner waren, drittens Jacobus, viertens Hugo. In den Beginn des 13. Jahrhunderts fällt die glänzende Wirksamkeit von Azo als Lehrer und Schriftsteller. Die Reihe der Glossatoren schließt um die Mitte des 13. Jahrh. Accursius der Aeltere.

Die Glossatoren sind unerreicht in der Kenntniß des corpus juris, dessen Studium sie sich voll und ausschließlich widmeten. Ihre Vorlesungen und Schriften waren vorzugsweise exegetische, indem sie Stelle für Stelle nach der Ordnung im Gesetzbuch — der Legalordnung — kurz durch Glossen erläuterten. Sie trugen die verwandten Stellen — die Parallelstellen — zur Erklärung zusammen und merkten die sich widerstreitenden Stellen — die Antinomieen — an. Zur Ausgleichung der Widersprüche ersannen sie mannigfache Vereinigungen. Viele der Kontroversen, welche noch heute die Juristen beschäftigen, wurden bereits

---

Mittelalters fortbestand, weist er in eingehender und interessanter Weise nach, freilich die Leistungen des früheren Mittelalters dem Werthe nach wohl überschätzend. Vgl. ferner Conrat, Geschichte der Quellen und Litteratur d. röm. Rechts im früheren Mittelalter 1. Bd. 1888 ff. Dazu L. Seuffert, Zeitschrift d. Savigny-Stiftung r. A. Bd. 13 S. 366. Jacques Flach, études critiques sur l'histoire du droit romain au moyen âge Paris 1890 und hierzu Zeitschrift der Savignystiftung Bd. 11 rom. Abth. S. 326. Unter den Schriftdenkmalen ist das erheblichste Petri exceptiones legum Romanorum, nach den neueren Forschungen dem Ravennatischen Rechtslehrer Petrus angehörig und nicht lange vor 1050 verfaßt, siehe Fitting, Anfänge S. 60, sowie der Brachylogus juris civilis oder corpus legum, welchen Fitting — die Heimath und das Alter des sog. Brachylogus 1880 — Orleans zuweist und um das Jahr 1100 setzt. Ein eingehenderes Studium des corpus juris civilis war dieser früheren Epoche fremd.

3) Ueber die Glossatoren ist vorzugsweise zu vergleichen: Savigny, Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter Bd. 3 bis 5. Dies Werk erschien in 1. Aufl. 1815 bis 1831, in 2. Aufl. 1834—1851. Siehe auch Landsberg, die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum 1883 S. 11 ff., sowie Fitting, Anfänge a. a. O. S. 78 ff.

4) Pescatore, die Glossen des Irnerius 1888, Fitting, Summa Codicis des Irnerius 1894 und Quaestiones de juris subtilitatibus des Irnerius 1894.

von den Glossatoren verhandelt, so daß sie den Grund der verschiedenen Meinungen legten. Ihr Scharfsinn ist bewundernswerth. Nur ein unentbehrliches Element des vollen Verständnisses der römischen Rechtsquellen fehlte ihnen, nämlich Einsicht in die geschichtlichen Beziehungen des römischen Alterthums.

Die Glossen, welche seine Vorgänger ersonnen hatten, stellte mit seinen eigenen von minderem Werth zusammen Accursius. Seine Glosse, die gl. ordinaria, hat vorzugsweise die Resultate des Nachdenkens und des Fleißes der Glossatoren der Nachwelt übermittelt.[5]

2. Es folgten die Postglossatoren, auch Kommentatoren, Konsiliatoren genannt. Die Glosse schien erschöpft zu haben, was für das Verständniß des justinianischen Rechtes durch die Forschung zu gewinnen war. Es galt nun, die errungenen Geistesschätze für den blühenden Verkehr des späteren italienischen Mittelalters nutzbar zu machen. Darum war man darauf bedacht, die römischen Rechtssätze derart zu gestalten und umzubilden, daß sie den Bedürfnissen der Zeit entsprachen. Noch immer lehrte und schrieb man im Anschluß an die Legalordnung. Doch handelte es sich weniger um Exegese der Stellen, als um Anknüpfung praktischer Rechtswahrheiten an den Text. Dabei machte sich aber der scholastische Geist des späteren Mittelalters in unerfreulicher Weise geltend. Man häufte die Unterscheidungen — Distinktionen —, man stellte Regeln auf, die man durch zahllose Erweiterungen — Ampliationen — ergänzte, man verfiel in unerträgliche Weitschweifigkeit.

Dem Ende des 13. Jahrhunderts gehört noch an Wilhelm Durantis, dessen speculum juris der Praxis bestimmt und höchst dienlich war. Bis Mitte des 14. Jahrhunderts wirkte Bartolus de Saſſoferrato, ein selbständiger wahrhaft produktiver Geist, welcher das Größte leistete, obgleich er das 50. Lebensjahr nicht erreichte. Neben ihn trat Baldus de Ubaldis, welcher, wenig jünger als Bartolus, den Beginn des 15. Jahrhunderts erlebte. In der zweiten Hälfte des 15. und zu Anfang des 16. Jahrhunderts war noch in alter Weise mit Erfolg Jason Mainus thätig.

3. Die französische historische Schule des 16. Jahrhunderts wendete sich wieder dem selbständigen Studium der Quellen zu. Die Renaissance und der Humanismus erweckten seit dem Ausgang des Mittelalters neues Leben in der Jurisprudenz. Die historischen und

5) Die Glossatoren haben außer den Glossen auch anderes geschrieben, so namentlich summae, vorzugsweise nach der Ordnung des Codex. Vor allem war hochberühmt und wurde auch später gedruckt die summa des Azo ad Codicem. Sammlungen von Kontroversen der Glossatoren enthält G. Hänel, dissensiones dominorum Leipzig 1834.

philosophischen Kenntnisse, welche man sich errungen hatte, gaben reiche Mittel zum besseren Verständniß der Rechtsquellen.

Den großen Civilisten Frankreichs gehören Duarenus, Balduinus,[6] Brissonius an. Im Vordergrund aller stehen Jacobus Cujacius und Hugo Donellus. Cujacius war eleganter Philolog, Historiker, Exegetiker. Seine observationes enthalten eine Fülle interessanter historischer Bemerkungen. Er gab bis dahin nicht bekannte Schriften des vorjustinianischen Rechtes heraus. In vielbesuchten Vorlesungen erklärte er die Werke der klassischen großen Juristen Roms, soweit sie sich aus den im corpus juris zerstreuten Fragmenten zusammenstellen ließen. Die Erklärungen des Cujacius sind noch heute zum Verständniß der vielfach dunkeln Entscheidungen Papinians unentbehrlich. Von besonderer Bedeutung ist der Traktat des Cujacius zu Afrikanus.[7] Zeitgenosse, Nebenbuhler und wissenschaftlicher Gegner des Cujacius war Hugo Donellus. Auch er koncentrirte seine wissenschaftliche Kraft auf das reine römische Recht; sein Hauptwerk, die commentarii juris civilis, bildet die erste umfassende systematische Bearbeitung.[8]

Noch im Anfang des 17. Jahrhunderts finden sich bedeutende historische Juristen französischen Stammes.[9] Dann wendete man sich in Frankreich fast ausschließlich der praktischen Jurisprudenz zu.

Dagegen hatte in den Niederlanden die historische Richtung eine Nachblüthe.[10]

---

6) Von Franz Balduins Leben und Schriften handelt Johann Friedrich Jugler, Beiträge zur juristischen Biographie Bd. 2 n. 4.

7) Das Leben des Cujacius behandelte Berriat St. Prix, deutsch bearbeitet von Spangenberg, Leipzig 1822. Angeführt wird auch Cabantons in der revue de législation X. 1839. In den Gesammtausgaben der Werke des Cujacius finden sich außer den bei seinen Lebzeiten herausgegebenen Werken — den opera priora — dessen nachgelassene Schriften und Vorträge — opera postuma. Eine Gesammtausgabe veranstaltete Fabrot, Paris 1658; auf ihr beruhen die 1722 und 1757 zu Neapel, 1758 ff. zu Venedig und Modena erschienenen Ausgaben. Ueber die Ausgaben der Werke des Cujacius und das promtuarium universorum operum Jacobi Cujacii von Dominicus Albanensis vgl. Thibaut im Archiv für civ. Praxis Bd. 13 n. 11, n. 21.

8) Vgl. Eyssel: Doneau, sa vie et ses oeuvres 1860; Stintzing, Hugo Donellus in Altdorf 1869 und in seiner Geschichte der Rechtswissenschaft, Bd. 1 S. 377. Buhl, Hugo Donellus zu Heidelberg 1891.

9) Wir erwähnen Jakobus Gothofredus 1587—1652, hochberühmt durch seinen gelehrten Kommentar zum codex Theodosianus, ferner Anton Faber, 1557—1624, Präsident des obersten Gerichtshofes zu Savoyen. Seine Schriften de erroribus pragmaticorum, ferner rationalia in Pandectas über die 19 ersten Bücher der Pandekten erregten bei den Gelehrten seiner Zeit Aufsehen, namentlich auch durch ihre gewaltsame Konjekturalkritik. Von nachhaltigerem Einfluß aber auf die Gestaltung des Rechtes, vornehmlich auch in Deutschland, war der codex Fabrianus und die an die dargestellten Rechtsfälle geknüpften praktischen Erörterungen. Auch Merillius, † 1647, ist zu nennen wegen seiner s. g. Variantes ex Cujacio, d. h. Zusammenstellung widersprechender Erklärungen von Cujacius.

4. In Deutschland beginnt frühe die Periode der Praktiker.[11] Zu Anfang des 16. Jahrhunderts wurden allerdings hervorragende Geister von den Anregungen der Humanisten und der historischen Jurisprudenz des Auslandes mächtig berührt. Gregor Haloander veranstaltete lesbare Ausgaben des corpus juris.[12] Zasius, auf dem Boden der juristischen Praxis stehend, war zugleich von warmem Interesse für historische Forschung und Humanismus erfüllt.[13]

Allein die Kraft der deutschen Juristen war im wesentlichen absorbirt durch die Aufgabe, das recipirte römische Recht den deutschen Verhältnissen anzupassen. Dabei lehnte man sich naturgemäß an die Postglossatoren an. Nicht ohne eine gewisse Wahrheit hat man gesagt, daß in Deutschland recipirt wurde das römisch-italische Recht, wie es die Postglossatoren gelehrt hatten.

Der Praxis dienten die s. g. Kameralisten, welche ihre Erörterungen an die Entscheidungen des Reichskammergerichtes anschlossen, namentlich Joachim Mynsinger und Andreas Gail.[14]

Praktische Zwecke verfolgten auch fast ausschließlich die einflußreichen juristischen Lehrer und Schriftsteller Kursachsens. In Sachsen hatte das heimische Recht festen Halt in einem seit Jahrhunderten anerkannten weitverbreiteten Rechtsbuche, dem Sachsenspiegel. Nun trat das römische Recht neben das Sachsenrecht. Die Verbindung und Ausgleichung war die eigenthümliche Aufgabe der sächsischen Juristen. Durch sie vorzugsweise bildete sich der usus modernus Pandectarum.

Schon der Niederländer Matthäus Wesenbeck, welcher in Wittenberg lehrte, bereitete dies vor.[15] Von Späteren nennen wir Hart-

10) Die bekannteren Namen sind Wissenbach, geb. 1607, † 1665, genannt wegen seiner emblemata (Interpolationen) Triboniani; Johann Voet, geb. 1647, † 1714, welcher gute commentarii ad Pand., zuerst 1698, schrieb, vgl. über ihn Jugler, jur. Biographie, Bd. 2 Stück 1 n. 35; Noodt, geb. 1647, † 1725, mehr Rechtshistoriker, siehe Jugler a. a. O. Bd. 2 Stück 1 n. 35; Schulting, geb. 1659, † 1734, der gleichen Richtung huldigend. Auch Bynkershoek, geb. 1673, † 1743, machte sich einen Namen, vgl. Jugler Bd. 1 Stück 1 n. 2.

11) Vgl. Geschichte der deutschen Rechtsw. von R. Stintzing. 1. Abth. 1880. Sie reicht bis zur ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts. Ein jäher Tod hat den trefflichen Forscher und Schriftsteller vor Vollendung seines Werkes überrascht. Aus seinem Nachlaß hat Ernst Landsberg 1884 eine 2. Abth. herausgegeben, vgl. auch unten § 17 Anm. 1.

12) Vgl. oben §§ 9, 10 und 11. Stintzing, Geschichte a. a. O. Abth. 1, S. 180.

13) Stintzing, Ulrich Zasius 1857 und Geschichte a. a. O. Abth. 1 S. 155.

14) Mynsingers Werk war das erste seiner Art. Es führte den Titel: singularium observationum judicii imperialis camerae centuriae IV. Basileae 1563. Gail publicirte 1578 seine Practicarum observationum libri duo. Vgl. Stintzing, Geschichte a. a. O. S. 485 ff. Burckhard, Andreas Gail 1887.

15) Die historische Bedeutung Wesenbecks liegt vorzugsweise in seinen Paratitla oder dem commentarius in Pandectas, zuerst erschienen 1565, systematische Dar-

mann Pistoris,[16] Benedictus Carpzov,[17] Heinr. Berger,[18] Balthasar v. Wernher,[19] Augustin v. Leyser.[20]

Die Schriften der sächsischen Rechtslehrer sind auch für die außersächsischen juristischen Lehrer und Schriftsteller Deutschlands von bestimmendem Einfluß geworden. Zu solchen gehört Mevius in Greifswald,[21] Lauterbach in Tübingen,[22] Brunnemann in Frankfurt a. d. O.,[23] Stryk in Frankfurt a. d. O. und Halle,[24] Justus Henning Böhmer in Halle und sein Sohn Georg Ludwig Böhmer in Göttingen.[25 26]

§ 17. Naturrechtliche und historische Schule.

1. Die Rechtswissenschaft des 18. Jahrhunderts wurde überwiegend durch die naturrechtliche Schule bestimmt. Noch vor dem Beginn des

---

stellung des Pandektenrechts mit Rücksicht auf die Praxis und die Besonderheiten des sächsischen Rechtes. Stintzing, Geschichte a. a. O. S. 351.

16) Hartmann Pistoris ragt durch seine Quaestiones juris tam Romani quam Saxonici hervor, welche von 1579 ab erschienen. Auf seinen Schultern steht Benedikt Carpzov. Ueber die Familie der Pistoris vgl. Stintzing a. a. O. S. 566.

17) Benedictus Carpzov II., geb. 1595, † 1666, ist der bedeutendste in der Juristenfamilie der Carpzov, vgl. Jugler a. a. O. Bd. 1 Stück 2 n. 21. Den größten Einfluß auf die Praxis gewann von seinen Schriften die jurisprudentia forensis Romano-Saxonica, zuerst 1638.

18) Ueber Heinrich Berger, geb. 1657, gest. 1732, vgl. Jugler Bd. 1 Stück 1 n. 3. Berger ist vorzugsweise durch seine oeconomia juris — zuerst 1712 — bekannt. Sie wird in den Ländern sächsischen Rechtes noch heute viel benutzt.

19) Johannes Balthasar v. Wernher, geb. 1675, † 1742. Sein Hauptwerk sind die observationes forenses, die von 1710 an erschienen.

20) Augustin von Leyser, geb. 1683 zu Wittenberg, dort 1752 gestorben. Sein Hauptwerk sind die meditationes ad Pandectas, 11 Bände. Dasselbe enthält elegante, aber wenig tiefe Ausführungen unter Anfügung von Rechtsfällen.

21) David Mevius, geb. 1609, † 1670, Präsident des schwedischen Tribunals zu Wismar; vgl. über ihn Jugler Bd. 4 Stück 1 n. 21, sowie August Barkov de Davide Mevio narratio, Greifswalder Jubiläumsprogramm 1856. Hauptwerke waren seine commentarii über jus Lubecense, 2. Ausg. 1664, und die decisiones summi Regii Tribunalis Wismariensis, zuerst 1653.

22) Wolfgang Adam Lauterbach, 1618 im Voigtland geboren, war Professor in Tübingen. Er starb 1678. Sein collegium theoretico-practicum wurde zuerst 1690–1714 herausgegeben. Siehe über ihn Jugler a. a. O. Bd. 3 Stück 1 n. 8.

23) Johann Brunnemann, geb. 1608, † 1672, vgl. Jugler Bd. 4 Stück 2 n. 25, war vor allem berühmt durch seinen commentarius in libros Pandectarum 1670.

24) Samuel Stryck, geb. 1640 in der Uckermark, † 1701. Er schrieb usus modernus Pandectarum, zuerst edirt 1690.

25) Justus Henning Böhmer, geb. 1674, † 1749, schrieb exercitationes ad Pandectas; er beschäftigte sich viel mit Kirchenrecht. Ueber die Schriften seines Sohnes Georg Ludwig Böhmer, geb. 1715, † 1797, können Weidlichs biographische Nachrichten 1781 Theil 1 S. 74 verglichen werden.

26) Es bedarf kaum der Bemerkung, daß die Hervorhebung einiger bedeutender Schriftsteller aus der Menge der übrigen etwas mehr oder weniger Willkürliches hat. Hier handelt es sich nur darum, einzelne zu benennen, um welche sich bei eingehenderen Studien die Namen anderer gruppiren können.

19. Jahrhunderts bildete sich ihr gegenüber die historische Schule; sie gewann die Herrschaft, ohne doch die Gedanken der naturrechtlichen Schule völlig bannen zu können.

Naturrechtliche Systeme bildete man seit dem 16. Jahrhundert; sie beeinflußten zunächst das öffentliche Recht und die Lehren des Völkerrechtes.[1] Mit dem Ende des 17. Jahrhunderts suchte man auch das Privatrecht nach ihnen zu gestalten. Dazu gab die Mangelhaftigkeit und Reformbedürftigkeit des gegebenen Rechtes Veranlassung. Mit der Reception der fremden Rechte hatte man massenhaft Rechtsnormen übernommen, welche sich in Jahrtausenden gebildet und angesammelt hatten, und die weder unter sich noch mit der wirklichen Rechtsverfassung Deutschlands in vollkommener Harmonie standen. Die Beherrschung des gewaltigen Stoffes wurde erschwert durch den Mangel der systematischen Folge im justinianischen und kanonischen Gesetzbuch. Daher erschien das Privatrecht unter den Streitigkeiten der Doktoren mehr als ein Kampfplatz, denn als eine feste Norm für die Lebensverhältnisse. Eine neue Zeit in socialer und wirthschaftlicher Beziehung brach nach Beendigung des dreißigjährigen Krieges heran. Damit machten sich auch neue Anforderungen an das Privatrecht geltend. Das größte Uebel war der schleppende Gang des gemeinen Prozesses, welcher sich in übertriebener Gründlichkeit endlos hinzog und die Verwirklichung des Rechtes in eine unabsehbare Zukunft vertagte.

Aus allem diesem Irrsal sollte das Recht der Vernunft herausführen. Aus der Vernunft gedachte man aprioristisch das Recht zu gestalten. Schließlich fand man hier freilich nur den Reflex des Wirklichen, wie es dem Einzelnen erschien. Aber in doppelter Beziehung leistete diese Richtung Großes.

Einmal wurde die Masse des positiven Rechtes zum erstenmale von einem außer ihm liegenden Standpunkt in eingehender Weise einer Kritik unterzogen. Ferner führte sie zur systematischen Gliederung des Rechtsstoffes. Die so gewonnenen Gedanken sind zum nicht geringen Theil für die Wissenschaft maßgebend geblieben.

Auf Grund dieser Systeme wurden dann umfassende Gesetzeswerke, die *Kodifikationen* des 18. und 19. Jahrhunderts, geschaffen; zuerst das allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten.

Die naturrechtliche Schule hat für die Erforschung des positiven

1) Otto Gierke: Johannes Althusius und die Entwickelung der naturrechtlichen Staatstheorien, Breslau 1880. Vgl. über die Schule überhaupt Gierke, Naturrecht und deutsches Recht, Rede 1883, vor allem aber Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, dritte Abtheilung 1898.

Rechtes wenig geleistet. Die Bedeutung von Thomasius,[2] welcher das Naturrecht an der neugestifteten Universität Halle vorzugsweise vertrat und dessen Anregungen dauernde Wirkung hatten, liegt auf diesem Felde nicht, obgleich er sich auch auf ihm versuchte. Noch weniger leisteten spätere Anhänger der Schule. Mit dem Rationalismus ging die einseitige Betonung des Utilitarismus Hand in Hand; den wissenschaftlichen Produktionen aus dem Ende des vorigen Jahrhunderts fehlt Tiefe und Originalität.

2. In glänzender Begabung trat Friedrich Karl von Savigny mit dem Anfang unseres Jahrhunderts als Bannerträger der historischen Schule hervor. Die Ideen, von denen er ausging, hatten seit dem Ende des 18. Jahrhunderts vielfachen Ausdruck gefunden. Der Göttinger Professor Hugo hatte sie in die Rechtswissenschaft eingeführt.[3] Aber Savigny gab ihnen ihr besonderes Gepräge.[4] Das Recht, lehrte man nun, ist das Produkt der Geschichte, ein Ausdruck des Volksgeistes, nicht der subjektiven Vernunft der Einzelnen; es ist aus sich heraus zu läutern, indem man auf seine historischen Wurzeln zurückgeht; Kodifikationen brechen die Verbindung mit der Vergangenheit ab und sind nicht fördernd, sondern schädlich.[5] Nach diesen Gedanken erfuhr das Studium des römischen Rechtes, wie auch dasjenige des deutschen Rechtes eine Erneuerung. Für das römische Recht insbesondere wurden neue Quellen entdeckt, unter denen die Institutionen des Gajus den ersten Rang einnehmen. In ihrem Lichte erschien das römische Recht in neuer Gestalt. Bedeutende Geister, unter denen Georg Friedrich Puchta[6] vor allen zu nennen ist, setzten ihre volle Kraft an die Erforschung des

2) Ueber Thomasius vgl. u. a. Dernburg, Thomasius und die Gründung der Universität Halle 1865; B. A. Wagner, Christian Thomasius, ein Beitrag zur Würdigung seiner Verdienste um die deutsche Litteratur 1872. Nicoladoni, Chr. Thomasius 1888, Landsberg, zur Biographie von Chr. Thomasius 1894.

3) Savigny, Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft Bd. 9, S. 421. Singer, zur Erinnerung an Gustav Hugo in Grünhuts Zeitschrift Bd. 16, S. 273.

4) Savigny ist geboren zu Frankfurt am Main am 21. Februar 1779, gestorben zu Berlin am 25. Oktober 1861. Ueber Savigny vgl. vorzugsweise Rudorff, Zeitschrift für Rechtsgesch. Bd. 2 S. 1 ff.; Enneccerus, Friedrich Karl von Savigny und die Richtung der neueren Rechtswissenschaft, Marburg 1879. Dort findet sich S. 6 Litteratur über Savigny zusammengestellt.

5) Thibaut: Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, Heidelberg 1814, erhob die Forderung eines neuen Gesetzbuches für ganz Deutschland. Ihm trat sofort Savigny entgegen in dem Werke: Ueber den Beruf unserer Zeit für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, in 3. Auflage 1840 erschienen. Er erklärt sich in demselben gegen die Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit von Kodifikationen, vgl. z. B. a. a. O. S. 25, wenn er auch vorzugsweise seiner Zeit den Beruf zu denselben abspricht.

6) Puchta, geb. 1798, starb bereits im 48. Lebensjahre 1846. Nekrologe sind abgedruckt in Rudorffs Ausgabe von Puchtas kleinen civilistischen Schriften.

reinen römischen Rechtes. Die Weiterbildung des römischen Rechtes durch Praxis und Gerichtsgebrauch seit der Zeit der Postglossatoren hatte dem gegenüber freilich einen schweren Stand. Manche an sich berechtigte Rechtssätze wurden beseitigt, anderes konnte sich nur im hartnäckigen Kampfe behaupten.[7][8]

3. Der Einfluß der naturrechtlichen Schule war zurückgedrängt, aber nicht gebrochen. Er machte sich vorzugsweise in der Gesetzgebung geltend. In der That sind die Gegensätze keine unversöhnlichen. Es handelt sich um zwei Richtungen, die sich nothwendig ergänzen müssen. Der feste Grund des Rechtes ist seine Geschichte. Aber inmitten der Wandlung aller menschlichen Dinge bedarf auch das Recht stetiger Weiterbildung. Diese kann sich nicht durch Wissenschaft und Gewohnheit allein vollziehen. Oft bedarf es der Hülfe der Gesetzgebung, welche nicht blos das historisch überlieferte entwickelt, sondern das Angemessene und Zweckmäßige feststellt. Nie können und sollen wir von dem Gegebenen absehen. Aber wir dürfen uns auch nicht der Freiheit begeben, dasselbe nach den Anforderungen unserer Vernunft weiterzubilden.[9]

Die romanistische Wissenschaft der 2. Hälfte des Jahrhunderts suchte sich von der Einseitigkeit der historischen Schule frei zu machen, ohne den berechtigten Kern ihrer Lehren aufzugeben. Selbständige, zum Theil weit aus einander gehende Wege schlugen insbesondere 3 hervorragende Romanisten ein, welche der Tod in rascher Folge der Wissenschaft entriß: Alois Brinz,[10] Bernhard Windscheid, Rudolph Ihering.[11]

7) Der historischen Schule sind unter anderen zuzuzählen: Johann Christian Hasse in Bonn 1779—1830, Eduard Schrader in Tübingen 1779—1860, von Bethmann-Hollweg 1796—1877, Friedrich Ludwig von Keller 1799—1860, Eduard Böcking 1800—1869, Adolf August Friedrich Rudorff 1803—1872, Roderich Stintzing, geb. 1825, gest. 1883.

8) Die historische Schule hat auch zur Zeit ihrer Blüthe nicht alle bedeutenden Civilisten Deutschlands zu Anhängern gehabt. Als Gegner trat auf A. F. Justus Thibaut in Heidelberg, geb. 1772, gest. 1840. Vorzugsweise der Dogmatik widmete sich Karl Georg von Wächter, geb. 1797 in Marbach am Neckar, gest. in Leipzig am 15. Januar 1880, vgl. Windscheid, Karl Georg von Wächter 1880; Dernburg, Karl Georg von Wächter 1880. Ebenso war hauptsächlich Dogmatiker: Karl Adolph von Vangerow, geb. 1808, gest. zu Heidelberg 1870. Den Standpunkt der Hegelschen Philosophie vertrat Eduard Gans, geb. 1798, gest. in Berlin 1839. Seinen Ausgangspunkt nahm hier auch Karl Georg Bruns, geb. am 24. Febr. 1816, gest. in Berlin am 10. Dezember 1880. In seiner späteren Wirksamkeit gehört Bruns der historischen Schule an. Vgl. über Bruns: Degenkolb im Archiv für civil. Praxis Bd. 64 n. 13.

9) Beachtenswerthe Betrachtungen über „Civilpolitik" d. h. den Einfluß der Rechtssätze auf das Volksleben, insbesondere den Volksreichthum, die Volksseele und die Gestaltung, welche hiernach den Rechtssätzen zu geben ist, entwickelt Petrażycki in seinem Buch „Das Einkommen" besonders Bd. 2 S. 437 ff.

10) Ueber Brinz, geb. 1820, gest. 1887, vgl. Exner, Erinnerung an Brinz 1888, Regelsberger, krit. Vierteljahrsschr. Bd. 30 S. 1; siehe auch Kuntze: Ihering, Windscheid, Brinz 1892.

§ 18. Die wichtigsten litterarischen Hülfsmittel.[1]

1. Zur Orientirung über die Bearbeitungen der Lehren des Pandektenrechts in unserem Jahrhundert und in früherer Zeit ist auf drei Werke zu verweisen:

a) Ch. F. Glück, ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, begonnen 1790, nach dem Tode Glücks von verschiedenen bedeutenden Pandektisten — Mühlenbruch, Fein, Arndts, Leist, Burckhard, Salkowski, Czyhlarz, Ubbelohde — fortgesetzt, noch unvollendet. Bis jetzt sind erschienen 49 Bde., ferner zu Buch 37, 38 der Pand. von Leist 5 Theile, zu Buch 39, 40 von Burckhard 3 Theile, zu Buch 41, 42 von Czyhlarz 1 Theil, zu Buch 43 und 44 von Ubbelohde 5 Theile.

b) Bangerow, Lehrbuch der Pand. 3 Bde., 1. Aufl. 1839 ff., 7. Aufl. 1863 ff. Dieses Werk enthält in Anmerkungen eine Ausführung der wichtigsten Kontroversen des Pandektenrechtes unter lichtvoller Darstellung der Ansichten der Juristen vorzugsweise seit Beginn des 19. Jahrhunderts.

c) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes, 3 Bände, 1. Auflage 1862 ff., 7. Auflage 1891.[2]

2. Gedrängte Pandektenlehrbücher sind: das geistvolle Werk von Georg Friedrich Puchta, 1. Auflage 1838, 12. herausgegeben durch Schirmer 1877, ergänzt durch seine nach seinem Tode herausgegebenen Vorlesungen, ferner Pandekten

---

11) Ueber Windscheid, geb. 1817, gest. 1892, und Jhering, geb. 1818, gest. 1892, vgl. Eck, zur Feier des Gedächtnisses v. Jhering und Windscheid 1893.

1) Bücher lernt man nur kennen, wenn man ein wissenschaftliches Thema mit Ernst und Gründlichkeit verfolgt. Dann bildet man sich seinen Apparat leicht. Die Anführung zahlreicher Buchtitel an diesem Orte hat nach unserem Ermessen wenig Werth. Wohl aber dürften für den, welcher eine wissenschaftliche Arbeit zum erstenmale unternimmt, einige Winke am Platze sein. Die hauptsächlichsten Bearbeitungen civilistischer Themata findet man bei Glück, Bangerow, Windscheid angeführt, auch Arndts' Pandekten sind zu vergleichen. Ueber die dort noch nicht angeführte civilistische Litteratur kann man sich durch die fortlaufende Litteraturübersicht in den jeweilig letzten Heften der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart von Grünhut orientieren. Litteraturübersichten giebt auch Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht je in den einzelnen Bänden; sie erstrecken sich auf das Civilrecht, auch auf ausländische Arbeiten, ohne erschöpfen zu wollen. Besonders schwierig ist die Sammlung des in Zeitschriften zerstreuten Materials. Es bleibt nichts übrig, als die letzten Hefte und Bände der wichtigeren civilistischen Zeitschriften durchzusehen. Bei der Menge der Zeitschriften ist Vollständigkeit schwer erreichbar. In juristischen Schriften sind die einschlagenden älteren Bearbeitungen meist mehr oder weniger vollständig citirt. Wo dies ein dogmatisches oder historisches Interesse hat, ist an der Hand der Citationen hinaufzusteigen bis zu den älteren und ältesten Bearbeitungen des Themas. Knüpfen sich die behandelten Fragen an römische Quellenstellen, so sind die großen französ. Exegeten zu konsultiren, vor allen Cujacius, welcher viele der schwierigen Stellen des Corpus juris erklärt hat. Nie ist die accursische Glosse zu übersehen. Welche Interpreten sonst zu befragen sind, richtet sich nach der Sachlage. Schimmelpfeng, Hommel redivivus, 3 Bde., Kassel 1858, 1859, giebt Nachweisungen über die Exegese der Rechtsquellen; das Werk kann trotz seiner Mängel unter Umständen Dienste thun. Die bibliograph. Bücher, welche die Titel von Büchern, zum Theil auch von Abhandlungen angeben, wird man nur in besonderen Fällen mit Nutzen befragen. Was wirklich Bedeutung hat, ist meist von Späteren citirt. Nützlich ist mir erschienen Kappler, jur. Promtuarium über alle in den Jahren 1800 bis 1837 erschienenen Abhandlungen, 2. Aufl. 1837. Andere Repertorien citiren Arndts § 20, Windscheid Bd. 1 § 12 Anm. 1.

2) Eine italienische Uebersetzung hat begonnen Fadda und Bensa 1891.

von Arndts, 1. Aufl. 1850, 13. Aufl. herausgegeben durch Pfaff und Hofmann 1886[3], von Baron, 9. Aufl. 1896 und von Wendt 1888.

Die Vorlesungen über Pandekten von Keller sind 1861, in 2. Aufl. 1866, die von Wächter 1880 mit Beilagen in 2 Bdn. nach dem Tode dieser großen Rechtslehrer veröffentlicht.

3. Tiefer gehende Untersuchungen enthalten:

Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechtes Bd. 1 — auf den allgemeinen Theil beschränkt — 1839.

Savigny, System des heutigen römischen Rechtes, 8 Bände. 1840 bis 1849, gleichfalls nur den allgemeinen Theil enthaltend; 2 Bände, welche allgemeine Lehren des Obligationenrechtes behandeln, reihen sich an.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. veränderte Aufl. 1873 ff. Bd. 1—4; die zweite Abth. des 3. Bds. und den 4. Bd. hat nach des Verfassers Tode Lotmar besorgt. Von einer 3. Aufl. ist 1884 die erste Lieferung des ersten Bandes erschienen.

Den allgemeinen Theil behandeln die Pandekten von Immanuel Bekker 1886 ff., Bd. 1 und 2, von Hölder 1886 ff. und von Regelsberger, Bd. 1. 1893.

4. Zwei Werke, welche vorzugsweise der Rechtsgeschichte angehören, sind auch für die Dogmatik so bedeutsam, daß sie nicht übergangen werden dürfen. Auffassung und Behandlungsweise ist freilich in beiden nahezu die entgegengesetzte.

Ihering, Geist des römischen Rechtes, Bd. 1 und 2 in 5. Aufl.; Bd. 3 Abth. 1 in 4. Aufl., unvollendet.

Alfred Pernice, Marcus Antistius Labeo Bd. 1 und 2, Bd. 3 Abth. 1 1873 ff., Bd. 2 Abth. 1 in 2. Aufl.

5. Gemeines Recht in Verbindung mit Partikularrecht behandeln folgende drei Werke von Romanisten:

Wächter, Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechtes, 1839 und 1842. 2 Bände, welche das Historische und den allgemeinen Theil enthalten.

Unger, System des österreichischen allgem. Privatrechtes, Bd. 1 und Bd. 2, 1856 und 1859, 5. Auflage 1892, den allgem. Theil enthaltend — Bd. 6, 1864, 4. Auflage 1894, das Erbrecht darstellend.

Heinrich Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechtes und der Privatrechtsnormen des Reiches. 3 Bände 1871 ff. Der erste und zweite Band sind in 5. Auflage 1893 und 1897, der dritte ist in 4. Auflage 1895 erschienen.

6. Von den Sammlungen von Abhandlungen bedeutender Civilisten erwähnen wir:

Thibaut, civilistische Abhandlungen. Heidelberg 1814.

Savigny, vermischte Schriften. 5 Bände. Berlin 1850.

G. F. Puchta, kleine civilistische Schriften, herausgegeben von Rudorff. Leipzig 1852.

Arndts, Gesammelte civilistische Schriften. 3 Bände. 1873, 1874.

Bruns, kleinere Schriften. 2 Bde. 1882.

Ihering, gesammelte Aufsätze. 3 Bde. 1881.

7. Unter den Zeitschriften heben wir hervor:

a) Rechtsgeschichtliche:

Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft von Savigny, Eichhorn und Göschen. Berlin 1815—1850, 15 Bände.

---

3) Eine ital. Bearbeit. veranstaltete Filippo Serafini. 4. Aufl. Bologna 1882.

Rheinisches Museum für Jurisprudenz von J. C. Hasse und anderen, Bonn 1827—1835, 7 Bände, für Geschichte und Dogmatik gleich wichtig.

Zeitschrift für Rechtsgeschichte, begonnen 1861 von Rudorff u. a., 13 Bände. Vom 14. Bande ab beginnt eine neue Folge der Zeitschrift unter dem Titel: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Die romanistische und germanistische Abtheilung ist seitdem getrennt. Bis jetzt sind von der neuen Folge 19 Bände erschienen.

b) Dogmatische:

Archiv für civilistische Praxis, von Gensler, Mittermaier u. a. begonnen, von 1818 bis jetzt 89 Bände.

Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß von Linde und anderen. Gießen 1827 ff. 20 Bände, neue Folge 22 Bände.

Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechtes von Bekker und Muther, 6 Bände. 1857—1863, auch reich an historischen Aufsätzen.

Iherings Jahrbücher, 1857 von Ihering und Gerber begründet, bis jetzt 40 Bde.

Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von Grünhut, 1874 ff., bis jetzt 26 Bände.

Archiv für bürgerliches Recht von Kohler, Ring und Oertmann, 1889 ff., bis jetzt 15 Bde.

In Betracht kommt auch für das gemeine Recht:

Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, herausgegeben von Goldschmidt u. a., nach dessen Tode von Keyßner und Karl Lehmann. Erlangen bezw. Stuttgart 1858 ff., bisher 45 Bde. Ueber die ersten 25 Bände besteht ein vortreffliches Generalregister.

Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, herausgegeben von Bernhöft und G. Cohn, jetzt auch von Kohler, 1878 ff.

c) Kritische:

Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1859 ff., bis jetzt 39 Bde.

8. Eine Zusammenstellung von Entscheidungen oberster deutscher Gerichte enthält:

Seufferts Archiv, 1847 von J. A. Seuffert begonnen.

Die Entscheidungen des Reichsgerichtes in Civilsachen 1880 ff., bis jetzt 43 Bände, gewähren uns das Bild der Entwickelung eines neuen einheitlichen Juristenrechtes.[4]

Sie schließen sich an die epochemachenden Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts 1871 ff., 25 Bände, an.

---

4) Außer dieser von den „Mitgliedern des Gerichtshofs" herausgegebenen Sammlung werden Entscheidungen des Reichsgerichts in großer Zahl veröffentlicht, namentlich durch „Bolze, Praxis des Reichsgerichts", ferner in der „Juristischen Wochenschrift" Organ des deutschen Anwaltsvereins und in „den Beiträgen" zur Erläuterung des deutschen Rechts begründet „von Gruchot". Diese massenhaften Publikationen kommen einem Bedürfniß des juristischen Publikums entgegen. Aber die Folgen sind keineswegs bloß nützliche. Nicht Wenigen wird die Jurisprudenz zur bloßen Kenntniß der Präjudizien des Reichsgerichts und zur Gedächtnißsache; selbständige Prüfung und kritische Würdigung erscheint ihnen überflüssig.

Erſtes Buch.

Allgemeine Lehren.[1]

Erſter Abſchnitt.

Recht im objektiven und im ſubjektiven Sinne.

Erſtes Kapitel.

Begriff des Rechtes im objektiven Sinne. Eintheilungen.

§ 19. Das Weſen des Rechtes im objektiven Sinne.

Recht im objektiven Sinne iſt der allgemeine Wille.[2] Formal iſt dieſe Begriffsbeſtimmung treffend und bündig.[3] Ueber den Inhalt des Rechtes ſagt ſie nichts aus.

Der Juriſt Celſus definirt: jus est ars boni et aequi,[4] d. h. das Recht iſt die praktiſche Verwirklichung des den Lebensverhältniſſen Angemeſſenen. Damit bezeichnet er den Inhalt und die Aufgabe

1) Die allgem. Lehren der Pandekten beſchäftigen ſich zum Theil mit Problemen, welche ſich auch die Rechtsphiloſophie zu ſtellen hat. Aber der Standpunkt der Pand. bezüglich dieſer Probleme iſt ein anderer als derjenige der Rechtsphiloſophie. Die Pand. haben die dem römiſchen und gemeinen Rechte zu Grunde liegenden Vorſtellungen darzulegen. In dieſen macht ſich oft eine konkrete Anſchauung und ſtets der Geſichtspunkt der praktiſchen Verwendbarkeit geltend. Die Rechtsphiloſophie mag ſolchen Anſchauungen kritiſch gegenüber ſtehen. Sie hat andere Aufgaben, als die poſitive Jurisprudenz. Unſeres Erachtens muß es beiden Disciplinen förderlich ſein, wenn ſie erkennen, daß ihre Methoden und Ziele nicht identiſch ſind. Vgl. aber Hartmann, Leibniz als Juriſt und Rechtsphiloſoph 1892, beſ. S. 101 ff.

2) Rouſſeau, contrat social „volonté générale“, Hegel, Philoſophie des Rechtes, Zuſatz § 82.

3) Thon, Rechtsnorm und ſubjektives Recht, 1878 S. 1, vgl. aber auch Heilinger, Recht und Macht, Wien 1890, S. 35; Gierke, Deutſch. Privatr. Bd. 1 § 15 S. 116; Hölder über objektives und ſubjektives Recht, Vortrag 1893.

4) L. 1 pr. D. de just. et jure 1, 1. Windſcheid, § 28 Anm. 2 findet hier „das Ideal des Rechts ſchön bezeichnet“. Aber ars iſt nicht ein Ideal, es iſt die Kunſt der Verwirklichung des Ideals. Vielleicht verſtand aber — dieſen Gedanken regt Salkowski an — Celſus unter ars das wiſſenſchaftliche Syſtem des Guten und Billigen, wie Cicero „de jure civili in artem redigendo“ ſchrieb. Gellius, noct. atticae I cap. 22.

des Rechtes. Das Recht giebt inmitten der Kollision der menschlichen Interessen das rechte Gleichmaß. Solches Gleichmaß stellt sich nicht selten durch die in der Gesellschaft wirkenden Kräfte unmittelbar im Wege der Gewohnheit her. Das Recht hat dann die so erwachsende Ordnung nur zu wahren und zu erhalten. Häufig aber kommen die Interessen in Gegensatz, nicht selten in erbitterten Streit. Dann tritt die im Staate herrschende Macht dazwischen und zieht die Schranken.[5] [6]

Verbindet man den formalen und den materiellen Standpunkt, so bestimmt sich das Recht als *die durch den allgemeinen Willen aufrecht erhaltene Ordnung der Lebensverhältnisse.*

Vom Rechte im objektiven Sinne ist zu unterscheiden das Recht im *subjektiven Sinne*, nämlich eine durch die Rechtsordnung gewährleistete *Berechtigung*. Ueber den Begriff des Rechtes im subjektiven Sinne ist später zu sprechen.[7]

§ 20. Civilrecht und prätorisches Recht. Jus civile, jus gentium und jus naturale.

1. Die Entwickelung des römischen Rechtes wurde vorzugsweise durch den Gegensatz des *civilen* und des *prätorischen* Rechtes bestimmt.

Das Civilrecht war das den Gesetzen und Gewohnheiten des alten Gemeinwesens entstammende, durch die Interpretation der Juristen weiter entwickelte Volksrecht. Festgegründet, für die Dauer bestimmt, war es durch das römische Volk gewährleistet. Das prätorische Recht beruhte auf den Edikten, welche die Prätoren bei ihrem Amtsantritt für das Amtsjahr erließen.[1] Es mochte sich thatsächlich dadurch erhalten, daß

5) Vgl. Ihering, der Kampf ums Recht, 1. Auflage 1872, S. 12 ff.

6) In der l. 7 D. de leg. 1, 3 sagt Modestinus libro 1 regularum: Legis virtus haec est imperare, vetare, permittere, punire. Hiernach giebt es neben den *gebietenden* und *verbietenden* — den Imperativgesetzen — *erlaubende* — Permissivgesetze, z. B. die gesetzliche Verstattung der „Nothwehr". Erlaubende Gesetze haben natürlich nur da Sinn, wo auch ein Verbot denkbar wäre, Bekker, Bd. 1 S. 50. Viele wollen von „gewährenden" Normen nichts wissen, da auch in diesen schließlich nur Gebote und Verbote lägen. Vgl. Bierling, zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Bd. 2 S. 307 ff. Juristische Prinzipienlehre Bd. 1 S. 27 ff. Aber die Gebote und Verbote haben bloß den Zweck, die *verstattete Handlung zu ermöglichen*. Darin liegt das Besondere der Permissivgesetze. Die Erlaubniß der „Nothwehr" enthält z. B. allerdings auch einen Imperativ, nämlich daß der Richter nicht verurtheilen darf. Allein dies bleibt immer nur die negative Seite, die positive ist die Verstattung der Nothwehr. Vgl. Hölder, Pand. Bd. 1 S. 62; Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 16.

7) Siehe unten § 39.

1) Das Hauptwerk über das prätorische Edikt ist von Otto Lenel, das Edictum perpetuum, ein Versuch zu dessen Wiederherstellung, 1883. Vgl. auch Dernburg, Untersuchungen über das Alter der einzelnen Satzungen des prätorischen Edikts, in den Festgaben für Heffter, Berlin 1873.

die Nachfolger die bewährten Edikte der Vorgänger — als translaticia — übernahmen. Grundsätzlich hatte es nur Geltung für ein Jahr.[2] Es wurde aufgefaßt als eine durch die Zeitbedürfnisse hervorgerufene, mit ihnen wandelbare Norm.[3] Seine Sicherung fand es in der prätorischen Gerichtsbarkeit. Entsprechende Bewandtniß hatte es mit den Edikten der kuruliſchen Aedilen, welche, wie die Prätoren, jus honorarium bildeten.

Die prätorischen Edikte waren zunächst zur Weiterbildung des Civilrechtes bestimmt. Die Edikte trafen aber auch Ergänzungen, wo das Civilrecht Lücken hatte und nicht ausreichte. Sie gingen endlich zur Korrektur civilrechtlicher Normen über, wenn diese der aequitas widersprachen, d. h. den derzeitigen Verhältnissen nicht mehr angemessen waren.[4]

Das prätorische Edikt wurde auf Anordnung des Kaisers Hadrian durch den Juristen Julian als Prätor neu redigirt. In dieser Fassung erhielt es durch ein Senatskonsult Bestätigung.[5] Damit war aber der Gegensatz des civilen und des prätorischen Rechtes in den Augen der Römer nicht beseitigt. Das civile Recht war noch immer allein das volllegitime; das prätorische war eine auf den Nutzen gegründete Norm der Praxis.[6] Selbst im justinianischen Rechte ließ sich dieser Gegensatz nicht verwischen, obgleich er in der Verfassung des Reiches Justinians keinen Halt mehr hatte. In Deutschland aber ließ man bei der Reception des römischen Rechtes den Unterschied zwischen prätorischen und civilen Satzungen fallen.[7]

---

2) Cicero in Verrem lib. I cap. 42 § 119: qui plurimum tribuunt edicto praetoris, edictum legem annuam dicunt esse.

3) l. 8 D. de j. et j. 1, 1. Marcianus libro 1 institutionum: Nam et ipsum jus honorarium viva vox est juris civilis.

4) l. 7 § 1 D. de j. et j. 1, 1. Papinianus libro 2 definitionum: Jus praetorium est quod praetores introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia propter utilitatem publicam: quod et honorarium dicitur, ad honorem praetorum sic nominatum.

5) l. 10 C. de cond. indebiti 4, 5, const. *Δέδωκεν* § 18. Karlowa, Rechtsgeschichte Bd. 1 S. 629.

6) Man zweifelte, ob man es jus nennen dürfe. l. 11 D. de j. et j. 1, 1. Paulus libro 14 ad Sabinum: nec minus jus recte appellatur in civitate nostra jus honorarium. Ganz anders Schultze, Privatrecht und Prozeß, 1883, Bd. 1 S. 375. Er erkennt keine Duplicität der Rechte in Rom an. Für ihn ist das jus civile das gewesene, das Nichtrecht, seit die prätorische Rechtszeugung ihren Höhepunkt erreichte. Dies sind subjektive Auffassungen, nicht die des römischen Volkes.

7) Im justin. Recht stehen noch die civile Erbfolge — die hereditas — und die prätorische Erbfolge — die bonorum possessio — scharf geschieden nebeneinander. Es geschieht der Erwerb der Erbschaft nach beiden Rechten in verschiedener Weise. Im gemeinen Rechte dagegen sind beide Systeme verschmolzen. Es giebt hier nur eine Erbfolge und nur eine Weise ihres Erwerbes.

2. Verwandt, aber nicht identisch war die Unterscheidung des Rechtes als jus civile und jus gentium.

a) Jus civile war das besondere Recht der römischen Bürger. Es war für sie allein gegeben und nur auf sie anwendbar.

b) Jus gentium war das Recht, welches auf alle Rechtsfähige, insbesondere auch auf die Peregrinen anwendbar war. Es galt als auf die Natur des Menschen — auf die naturalis ratio — gegründet.

c) Die späteren klassischen Juristen erkannten, daß die Sklaverei, obgleich dem jus gentium angehörend, der menschlichen Natur widerspreche und sich bloß auf Zweckmäßigkeit gründe. Also, folgerte man, ist nicht alles jus gentium zugleich jus naturale. So kam man zu einer Dreitheilung statt der früheren Zweitheilung. Man unterschied außer dem jus civile und dem jus gentium nunmehr noch das jus naturale.[8] Als jus naturale bezeichnete man diejenigen Lebensordnungen, welche Menschen und Thieren gemeinsam sind, z. B. Geschlechtsverbindung, Aufziehung der Kinder.[9]

Für das Recht der Gegenwart sind diese Unterscheidungen bedeutungslos.

§ 21. Oeffentliches und privates Recht.[1]

Das Recht ist theils öffentliches, theils privates. Dies ist die oberste Eintheilung der Wissenschaft des Rechtes, wie auch seines

8) Vgl. Savigny, System Bd. 1 S. 109 und Beilage 1. — Neuerdings hat Adolf Schmidt — Leipziger Programm 1881 S. 17 — gegen Savigny ausgeführt, daß die römischen Juristen der Kaiserzeit sämmtlich der Dreitheilung gehuldigt hätten, namentlich auch Gajus. Wir halten dies nicht für richtig. Gajus identificirte Inst. I § 1 das jus gentium mit dem, was die naturalis ratio inter omnes homines constituit, war also Anhänger der Zweitheilung. Allerdings führt Gajus die Sklaverei auf das jus gentium zurück. Aber nichts beweist, was Schmidt unterstellt, daß Gajus bereits die Sklaverei als contra naturam ansah, daß er also latenter Anhänger der Dreitheilung war. Erst in der spätklassischen Periode wurde herrschende Doktrin, daß die Menschen jure naturali gleich seien, vgl. Ulpian in der l. 32 D. de R. J. 50, 17. Nun erst wurde man zur Dreitheilung — Trichotomie — gedrängt, welche Ulpian l. 1 § 3 D. de j. et j. 1, 1 und Florentinus l. 4 § 1 D. de statu hominum 1, 5 unter Anderen vertraten. Justinians Institutionen enthalten durch ungeschicktes Aneinanderreihen der Ausführungen verschiedener Schriftsteller in § 1 und § 2 J. de jure nat. 1, 3 beide Systeme.

9) Phantastische naturwissenschaftliche Vorstellungen der Alten mischten sich ein. So berichtet Plinius von einem Pferd, das sich um eines Inceste willen freiwillig den Tod gegeben habe; wie auch, ob und welche Thiere das adulterium kennen und bestrafen! M. Voigt, das jus naturale der Römer Bd. 1 S. 245. Man unterstellte also, daß das Leben der Thiere nicht bloß durch Naturgesetz, sondern durch eine Art von Rechtsordnung regiert werde.

1) Thon, Rechtsnorm S. 110 ff., vgl. auch Roguin, la règle de droit, Lausanne 1889 S. 174, Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 4.

Inhaltes. Auf diese Unterscheidung wurden die altrömischen Juristen unmittelbar durch die Verschiedenheit ihrer praktischen und wissenschaftlichen Beschäftigung geführt. Denn einige wendeten sich als Staatsmänner den öffentlichen Geschäften und dem öffentlichen Rechte zu, andere widmeten sich als Privatrechtsjuristen den Rechtshändeln der Bürger.[2]

Die Unterschiede der Disciplinen ist eine wissenschaftliche, aber auch eine praktisch bedeutsame. Sie beruht auf einem *wissenschaftlichen Gesichtspunkte*, aber auch auf einem *praktischen Kriterium*.

Der principielle Gedanke ist folgender. Ist für eine Rechtsnorm das *Interesse der Einzelnen das zunächst bestimmende*, so gehört sie dem *privaten*, ist für sie das Interesse der *Gesammtheit* das maßgebende, so gehört sie dem *öffentlichen Rechte* an.[3] Die Eintheilung entspricht der *Doppelstellung des Menschen* in der bürgerlichen Gesellschaft. Als freie Persönlichkeit ist er Selbstzweck, ein selbständiger Mittelpunkt rechtlicher Beziehungen. Er ist aber auch Glied einer umfassenden Vereinigung, welcher er sich unterordnet und der er dient.

Immerhin handelt es sich bei dieser Unterscheidung nicht um scharfe Gegensätze. Denn das Wohl der Einzelnen und das des Ganzen sind auf das engste verbunden. Ob das eine oder das andere bei einer Rechtsnorm überwiegt, ob sie also privatrechtlich oder öffentlichrechtlich ist, dies ist oft schwer zu bestimmen, da nur ein Mehr oder Weniger in Frage kommt. Es kann sogar dieselbe Rechtsnorm in das öffentliche und in das private Recht einschlagen. Für die *praktische Behandlung* ist daher ein mehr konkretes Wahrzeichen vonnöthen.

Nun ist der Civilprozeß ausschließlich zur Wahrung und Durchführung der Privatrechte bestimmt.[4] Demnach ist empirisch der Schluß gerechtfertigt, *soweit der Civilprozeß offen steht*, handelt es sich *um Privatrechte*. Daher waren z. B. die actiones poenales der Römer ihrem Privatrecht zuzuzählen, denn die Verletzten trieben die vom Delinquenten geschuldete Privatstrafe im Wege des Civilprozesses bei. Daß die Bestrafung der Verbrecher auch im dringenden Interesse des Staates liegt, kann hiergegen nicht entscheiden.

Ist aber die Frage, *ob ein Anspruch im Wege des Civil-*

2) Pomponius berichtet in l. 2 § 46 D. de orig. juris 1, 2 von dem Juristen Tubero: transiit a causis agendis ad jus civile ... doctissimus habitus est juris publici et privati.

3) l. 1 § 2 D. de just. et jure 1, 1. Ulpianus libro 1 instit.: Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum: publicum jus est, quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem. § 4 J. eod. 1, 1. Vgl. hierzu indessen Pernice, Parerga IX, Sav.-Ztschr. Bd. 19 S. 140.

4) Es giebt jedoch „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten", für welche Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte zuständig sind, deutsches Gerichtsverfassungsgesetz § 13

prozesses verfolgbar ist, nicht durch Gesetz oder Gerichtsgebrauch erledigt und wird sie streitig, so muß der Richter auf den principiellen Gesichtspunkt zurückgreifen, ob das Interesse des Einzelnen oder das der Gesammtheit im Vordergrunde steht.[5] [6]

Die römischen Juristen bezeichnen als öffentliches Recht nur das Staatsrecht mit dem ihm zugehörigen Sakralrecht. Die neuere Systematik theilt dem öffentlichen Rechte zutreffend auch das Strafrecht, den Strafprozeß, den Civilprozeß, das Kirchenrecht und das Völkerrecht zu.

Regelmäßige Eigenschaft des Privatrechtes ist, daß seine Geltendmachung von den Berechtigten abhängt,[7] und daß Verzichte auf dasselbe zulässig sind. Doch nicht alle privatrechtlichen Befugnisse unterliegen dem Verzicht. Es giebt andererseits öffentliche Rechte, auf die man verzichten kann, z. B. das Recht der Krone.

§ 22. Klassifikation der Privatrechte.[1]

Die Privatrechte beziehen sich theils auf das Vermögen eines Rechtssubjektes — Vermögensrechte —, theils auf dessen persönliche Stellung.

5) Thon, Rechtsnorm S. 131, sieht das Wesentliche des Privatrechtes im Privatanspruch, d. h. in der Verfolgbarkeit im Wege des Civilprozesses. Aber nicht ganz selten fragt es sich, ob der Weg des Civilprozesses für einen Anspruch offen steht. Hier versagt eine Theorie, welche das Hauptsymptom für das Wesen der Unterscheidung erklärt. Vgl. Bierling, Kritik der Grundbegriffe Bd. 2 S. 153; Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 4 Anm. 9.

6) Das B.G.B. läßt grundsätzlich das öffentliche Recht unberührt, Einf.Ges. Art. 55. Was dahin gehört, darüber entscheiden nicht bloß grundsätzliche Erwägungen, sondern auch was sich historisch in den einzelnen Bundesstaaten als öffentliches Recht herausgebildet hat.

7) Ist die Vertheidigung unserer Privatrechte gegen Verletzung wenigstens ethische Pflicht des Bürgers? Ihering, der Kampf ums Recht 1872 S. 20ff. — 10. Auflage 1891 — führt aus: „Der Kampf gegen eine bewußte Verletzung unseres Privatrechtes ist eine Pflicht des Berechtigten gegen sich selbst und zugleich eine Pflicht gegen das Gemeinwesen. Nur durch sie wird die Majestät des Gesetzes und die von ihm getroffene feste Ordnung des Verkehrslebens gewahrt. In seinem Rechte vertheidigt der Einzelne zugleich das Gesetz und die unerläßliche Ordnung des Gemeinwesens.“ Hiergegen ist zu erinnern, daß sich auch im Rechte eine Theilung der Arbeit findet, daß der Staat in den Fällen, in welchen seine Ordnung der Vertheidigung nothwendig bedarf, hierfür eigene Organe besitzt. Für die Verwirklichung des Privatrechtes wirkt das eigene Interesse der Einzelnen genügend; dazu kommen verletztes Rechtsgefühl, aber auch Rechthaberei und Starrsinn als treibende Motive. Eine ethische Verpflichtung, verletzte Vermögensansprüche zur Anerkennung zu bringen, besteht nicht. Das Vermögensrecht ist Mittel zur Befriedigung höherer Ziele. Wie weit man es gegen die Verletzung zu vertheidigen hat, ist Sache der praktischen Vernunft, nicht der Ethik. Der Bauer, welcher seine Existenz und diejenige seiner Familie durch hartnäckiges Prozessiren um unbedeutender Dinge willen gefährdet, der geistvolle Gelehrte, welcher, statt die Wissenschaft zu fördern, sich ärgert, streitet, prozessirt, der reisende Engländer endlich, um das Beispiel Iherings festzuhalten, welcher wegen der um wenige Gulden übersetzten Gasthofsrechnung wochenlang am Orte bleibt und Zeit und Geld verthut, für die er bessere Verwendung hätte, sie

1. Vermögen ist die Gesammtheit der geldwerthen Rechte einer Person.[2][3]

In einem weiteren — wirthschaftlichen — Sinn zählen zum Vermögen alle jemandem thatsächlich zustehenden geldwerthen Güter, also auch der Besitz, d. h. die thatsächliche Herrschaft über eine Sache, ja selbst die Kundschaft eines Erwerbsgeschäfts.[4]

Die Vermögensrechte sind theils dingliche, theils Forderungsrechte.

a) Dinglich sind die Rechte, welche uns eine körperliche Sache unmittelbar unterwerfen.[5] Das vollkommenste

alle verdienen weder Lob noch Mitgefühl. Eine Nation setzt mit Recht an die Erhaltung eines bedrohten Grenzstrichs, und wenn er werthlos wäre, ihr Alles; denn es handelt sich um ihre Ehre. Aber dies beweist nichts, wie Ihering meint, für den Einzelnen. Denn die Vertheidigung von Geld und Geldeswerth durch Prozeß gilt nicht als Ehrenpunkt.

1) Vgl. Thon, Rechtsnorm S. 127 ff. „Die einzelnen Privatrechte", Gierke, Deutsch. Privatrecht Bd. 1 § 29.

2) Birkmeyer, das Vermögen im juristischen Sinne, 1879. Vgl. Bekker Pand. Bd. 1 § 41, Gierke a. a. O. § 31 S. 275 ff. Geldwerth hat, was im Verkehr der Menschen nach Geld geschätzt wird und für Geld anschaffbar ist. Ob das Recht weiter übertragbar ist, kommt nicht in Betracht.

3) Savigny, Bd. 1 S. 340 Anm. 6 bemerkt: „die deutsche Bezeichnung — des Vermögens — ist die treffendste, die dafür gefunden werden konnte. Denn es wird dadurch unmittelbar das Wesen der Sache ausgedrückt, die durch das Dasein jener Rechte uns zuwachsende Macht, das, was wir durch sie auszurichten im Stande sind oder vermögen." Doch das Vermögen ist nicht das einzige Machtmittel, auch durch Kenntnisse, Geist, Energie vermögen wir vieles! Jene Bezeichnung ist daher wohl anschaulich und nicht unwahr, aber keineswegs den Begriff deckend.

4) l. 49 D. de V. S. 50, 16. Ulpianus libro 59 ad edictum: Bonorum appellatio aut naturalis aut civilis est: Naturaliter bona ex eo dicuntur quod beant, id est beatos faciunt: beare est prodesse. In bonis autem nostris computari sciendum est non solum, quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur, vel superficiaria sint: aeque bonis adnumerabitur etiam, si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur. Dem thatsächlichen Haben entspricht die naturalis, dem rechtlichen die civilis appellatio bonorum. So mit Recht Birkmeyer a. a. O. S. 15.

5) Es ist eine in der neueren Zeit vielverbreitete rechtsphilosophische Behauptung, daß im Grunde alle Rechte, auch die dinglichen, nur gegen Personen gerichtet seien. Insbesondere führt Windscheid Bd. 1 § 38 aus: „Alle Rechte bestehen nur zwischen Person und Person, nicht zwischen Person und Sache. Das dingliche Recht enthält nur Verbote. Sein Inhalt ist also ein bloß negativer. Er besteht darin, daß sich jedweder der Einwirkung auf die Sache enthalten und den Berechtigten an der Einwirkung auf die Sache nicht hindern dürfe." Da ist es denn nur konsequent, wenn Schloßmann Vertrag S. 257, 261 den wissenschaftlichen Werth des Begriffs des dinglichen Rechts überhaupt bestreitet, so daß ihm das dingliche Recht nur „ein terminologisches Hülfsmittel" ist. Vgl. auch Thon, Rechtsnorm S. 161, Bierling, Kritik Bd. 2 S. 169. Nach dieser Betrachtungsweise ist selbst das Eigenthum, welches als das positivste aller Rechte erscheint, rechtlich bloß negativen Inhalts. Offenbar ist dies aber nicht die Auffassung des römischen, nicht die des gemeinen Rechtes. Die Römer sagen, „res mea est", d. h. die Sache ist an die Person des Eigenthümers gekettet, ihm unterworfen. Die Vindikation der Sache gegen Dritte ist ihnen nur die Folge. Und nicht anders fassen sie die übrigen dinglichen Rechte auf. Vgl. Wächter, Erörterungen Heft 1 n. 4 S. 88. Unserer Ansicht nach wurzelt

dieser Rechte ist das Eigenthumsrecht, das Recht *genereller Herrschaft* über die Sache. Herrschaftsrechte *nach bestimmten Beziehungen* und in *beschränktem Umfange* geben die dinglichen Rechte an fremder Sache z. B. Servituten, Pfandrecht.

b) Die Forderungsrechte oder *Obligationen* sind Rechte des Gläubigers *auf eine vermögenswerthe Leistung durch den Schuldner*.

Auch die *Forderungsrechte* haben zum großen Theil Bezug auf *körperliche Sachen*. Aber die Forderung giebt nur ein Recht *gegen den Schuldner*, sie setzt den Berechtigten nicht in eine *unmittelbare Beziehung* zu der geschuldeten Sache. Die Leistung durch den Schuldner ist also der Durchgangspunkt, um die Sache zu gewinnen.

Die Obligationen sind überwiegend Rechte *auf Erlangung* von Vermögenswerthen, sie sollen die Schuldobjekte in das Vermögen des Gläubigers *bringen*. Dennoch sind sie schon Bestandtheile des Vermögens. Sie sind bereits geldwerthe Güter, weil sie einen rechtlich gesicherten Anspruch geben. Um deswillen vermehren sie das Vermögen. Folgerecht gehören auch die Schulden zum Vermögen, sie sind die Subtrahenten desselben.[6] Demnach zerfällt das Vermögen in Aktiva und Passiva. Die Passiva können die Aktiva übersteigen. Das Vermögen ist dann eine negative Größe.

c) Auf einem anderen Eintheilungsgrunde beruht die besondere Stellung des *Erbrechtes*. Das Erbrecht regelt vor allem den Uebergang des Vermögens eines Verstorbenen auf die Lebenden. Hierbei handelt es sich um eine besondere Weise *des Ueberganges* des Vermögens, nicht um eine Unterscheidung seiner Bestandtheile.

---

die Unfähigkeit, das dingliche Recht einfach zu begreifen, in dem falschen Begriff des Rechts im subjektiven Sinn, welcher zum herrschenden Dogma wurde. Vgl. hierüber unten § 39. Wer mit der herrschenden Ansicht Recht im subjektiven Sinn mit „Wollendürfen" identificirt, wird mit Windscheid a. a. O. zu dem Schlusse kommen, daß von Dürfen nicht der Sache gegenüber die Rede sein kann, sondern nur anderen Personen gegenüber. Wer aber mit uns in dem Recht im subjektiven Sinn einen Antheil an den Lebensgütern sieht, muß es nur natürlich finden, daß dieser Antheil in erster Linie in Rechten an Sachen besteht. Bis jetzt hat noch niemand die dinglichen Rechte im einzelnen nach der Grundauffassung der Gegner dargestellt. Eine derartige Behandlung derselben, die nach Einigen noth thut, ist auch nicht zu erwarten. Sie würde sicher Schiffbruch leiden.

6) l. 3 pr. D. de bon. poss. 37, 1. Ulpianus libro 39 ad edictum . . . nam sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent sive lucrum, sive in corporibus sunt sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabantur. Birkmeyer a. a. O. S. 159 sucht nachzuweisen, daß die Passiva nicht Vermögensbestandtheile bildeten. Es ist aber nur richtig, daß man unter Vermögen zuweilen bloß das Aktivvermögen versteht. In der Regel ist es die nach dem Abzug der Passiva übrigbleibende Summe der Aktiven.

2. Das Personenrecht behandelt die privatrechtlichen Beziehungen einer Person abgesehen vom Vermögen.[7]

a) Das Personenrecht kann in einer Qualität der eigenen Person bestehen, welche auf allgemeine Anerkennung Anspruch macht.[8] Insbesondere bildet das Recht zur Führung eines Namens,[9] des Adels, eines Titels, Wappens,[10] sowie das Recht zur Führung des kaufmännischen Namens — der Firma — ein solches Personenrecht.[11]

b) Dem Personenrecht gehört zum großen Theile das Familienrecht an, welches die Beziehungen der Familienglieder zu einander behandelt. Der Ausdruck Familie hat einen zweifachen Sinn. Eine Familie gründen Ehemann und Ehefrau; ihre Beziehungen regelt das Eherecht. Familie ist auch der Kreis der Blutsverwandten — cognati; hiermit beschäftigt sich ein anderer Haupttheil des Familienrechtes. Die väterliche Gewalt, d. h. das Recht des Vaters gegenüber seinen Kindern, tritt hierbei in Rom vorzugsweise hervor.[12]

An das Familienrecht schließt sich das Vormundschaftsrecht, d. h. die gesetzlich geregelte Fürsorge und Vertretung schutzbedürftiger Personen, die nicht in einer Gewalt stehen.

Das privatrechtliche System wird zweckmäßig in folgenden Haupttheilen dargestellt:

1. Allgemeiner Theil, d. h. die allgemeinen Lehren des Privat-

---

7) Die Ausdrücke „Personenrechte", „persönliche Rechte" und endlich „höchstpersönliche Rechte" haben sehr verschiedene Bedeutung. Personenrechte charakterisiren sich durch ihren Gegensatz gegen Vermögensrechte. Die persönlichen Rechte bilden eine Species der Vermögensrechte. Sie sind Forderungsrechte, Rechte, welche die Leistung eines Schuldners zum Gegenstande haben und mit einer actio in personam geltend gemacht werden. Sie stehen im Gegensatz zu den dinglichen Vermögensrechten, welche eine Sache unmittelbar ergreifen und mit einer actio in rem geltend gemacht werden. Der Ausdruck höchstpersönliche Rechte endlich bezeichnet Rechte, welche an die individuelle Persönlichkeit des Berechtigten der Art geknüpft sind, daß sie auf andere Personen, insbesondere auch auf die Erben, nicht übergehen können.

8) Savigny Bd. 1 § 53 leugnete das sogen. Recht „an der eigenen Person". Aber nur der Ausdruck ist bedenklich. Bezügliche Privatrechte bestehen. Vgl. Windscheid Bd. 1 § 40 und vor allem Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 §§ 81 ff.

9) Sigmund Levi, Vorname und Familienname im Recht 1888. Scialoja, del diritto al nome, Roma 1889. Kohler, Archiv f. bürg. Recht Bd. 5 S. 77, O. Fischer das. Bd. 6 S. 306, R.G. Bd. 5 S. 172, Bd. 29 S. 123 und die dort angef. Litteratur, Gierke a. a. O. § 83. — B.G.B. § 12.

10) In dem R.G. Bd. 2 S. 145 beurtheilten Falle wurde anerkannt, daß auch das Verlangen der Aberkennung des Rechtes zum Gebrauche des Titels und Wappens eines adeligen Hauses im Wege der Civilklage geltend gemacht werden könne. Vgl. auch R.G. Bd. 18 S. 19, siehe aber auch Preuß. Justiz-Min.-Blatt 1895 n. 47.

11) H.G.B. § 37.

12) Nach B.G.B. ist die „väterliche" Gewalt in eine „elterliche" des Vaters, eventuell der Mutter umgewandelt.

rechtes. — 2. Sachenrecht. — 3. Obligationenrecht. — 4. Familienrecht. — 5. Erbrecht.[13]

Zweites Kapitel.

Entstehung und Außerkrafttreten der Rechtsnormen.

§ 23. Die rechtsbildenden Faktoren.

Rechtsquellen, d. h. die Faktoren, welche Recht im objektiven Sinne begründen, sind Gesetze und Gewohnheiten, an welche sich der Gerichtsgebrauch anschließt.

Gesetze und Gewohnheiten entstehen in der Regel nicht aus Willkür Einzelner. Es liegen ihnen tiefere Momente zu Grunde. In ihnen macht sich die Rechtsansicht des Volkes geltend, in dessen Schoße sich das Recht entwickelt. In Folge dessen erblicken viele in der Volksüberzeugung die einheitliche und fundamentale Quelle des Rechtes. Insbesondere ist dies die Ansicht der hervorragendsten Vertreter der historischen Schule gewesen.[1]

Hierin ist Wahres mit Unwahrem gemischt. Niemand wird bezweifeln, daß in gesunden Staats- und Rechtsverhältnissen die Volksüberzeugung, wenn sie einen gewissen Grad von Stärke erreicht, zu Gewohnheiten und Gesetzen führen muß. Aber die einzige Triebfeder der Bildung des Rechtes ist die Volküberzeugung nicht. Vor allem ist zu beachten, daß das Staatsleben keineswegs immer so gesund ist, um der Volksüberzeugung freie Bahn zu lassen. Daß z. B. unterworfene Nationen Jahrhunderte lang unter einem ihrer Volksüberzeugung widerstrebenden Rechte lebten, zeigt die Geschichte. Auch bei der Rechtsbildung ferner wie bei allem Menschlichen wirken mancherlei Nebenumstände, ja Zufälligkeiten ein. Es führt z. B. der bloße Nachahmungstrieb zu Gewohnheiten; subjektive Ansichten derer, in deren Hand die Gesetzgebung liegt, führen zu Gesetzen.

Es ist die Volksüberzeugung nicht selbst Rechtsquelle, sie ist nur ein Motiv für die Bildung der Rechtsquellen.

---

13) Die „fünf Bücher" des B.G.B. entsprechen dieser Eintheilung.

1) Puchta, Pand. § 10, Savigny Bd. 1 §§ 7 ff. Nur in abgeschwächter Gestalt findet sich die Auffassung noch bei Windscheid Bd. 1 § 15. Eine eingehende Darlegung des Standpunktes von Savigny und Puchta, eine meines Ermessens zutreffende Kritik desselben, sowie die Angabe der hauptsächlichsten Schriften findet sich bei Zitelmann, Gewohnheitsr. und Irrthum, im Archiv für civil. Praxis Bd. 66 S. 400 ff.

Ist doch auch die Volksüberzeugung objektiv nicht leicht mit Sicherheit feststellbar. Man kann sie durch Intuition erkennen, aber sie läßt sich kaum je unmittelbar nachweisen. Rechtsquellen aber bedürfen bestimmter Erscheinungsformen, wie sie sich im Gesetze und in der Gewohnheit finden.

Das Gesetz ist das vom Staate gesetzte Recht. Näher läßt es sich bestimmen als der in einer Schrifturkunde formulirte, verfassungsmäßig erklärte Wille der gesetzgebenden Organe des Staats über Rechtsverhältnisse. Das Gesetz im engeren Sinne stellt Rechtsnormen auf, d. h. Regeln, nach denen die Rechte zu bemessen sind.[2] Im weiteren Sinne sind Gesetze auch Willenserklärungen des Gesetzgebers, welche keine Regel aussprechen, sondern ein einzelnes Rechtsverhältniß z. B. ein Privilegium gestalten.

Gewohnheitsrecht ist die in des Volkes Gewohnheiten liegende Rechtsregel.

Das Gesetz hat seine nothwendige Form in der Schrift. Um deswillen wird es geschriebenes Recht — jus scriptum — genannt. Das Gewohnheitsrecht bedarf der Schrift zu seiner Entstehung nicht. Daher bezeichnet man es als ungeschriebenes Recht — jus non scriptum.[3] Gewohnheiten bilden selbst dann kein geschriebenes Recht, wenn sie, wie nicht selten geschah, unter staatlicher Autorität aufgezeichnet wurden. Denn die Schrift begründet auch dann ihre Geltung nicht, sondern bezweckt nur ihre treue und unverfälschte Erhaltung.

Seit Alters bezeichnet man vorzugsweise das corpus juris civilis als jus scriptum. Dem thut es keinen Eintrag, daß es in Deutschland nur als Gewohnheitsrecht gilt.

Der Ausdruck Gesetz dient nicht selten zur Bezeichnung jeder Rechtsnorm. So gebrauchen ihn mehrere Reichsgesetze.[4] [5]

§ 24. a. Gesetzgebung. Römisches Recht.

In der justinianischen Zeit ist der Kaiser allein Gesetzgeber, allein rechtmäßiger Ausleger der Gesetze und oberster Richter.[1]

---

2) Zum Denken regt an, doch kann man nicht durchaus beistimmen: Eisele, unverbindlicher Gesetzesinhalt im Archiv für civ. Praxis Bd. 69 S. 6.

3) §§ 3 und 9 J. de jure nat. 1, 2, l. 33, l. 35, l. 36 D. de leg. 1, 3.

4) Einführungsgesetz zur C.P.O. § 12: „Gesetz im Sinne der Civilprozeßordnung und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm." Einf.Ges. zur Konkursordnung § 2, vgl. C.P.O. § 550. So auch Einf.Ges. zum B.G.B. Art. 2.

5) B.G.B. enthält über die Rechtsquellen, insbesondere auch über das Gewohnheitsrecht keine Vorschriften.

1) l. 12 C. de legibus 1, 14. Justinianus: tam conditor, quam interpres legum solus imperator juste existimabitur.

Aber die gesetzgebenden Faktoren der älteren Zeit sind im justinianischen Rechte immer noch grundsätzlich anerkannt. Ihre weitere Wirksamkeit ist gegenüber der kaiserlichen Gesetzgebung nur eingestellt. Das normale Gesetz ist die lex, d. h. der auf Rogation eines Magistrates gefaßte Beschluß der Versammlung des römischen Volkes. Ihr steht das Plebiscit gleich, der in ähnlicher Weise rogirte und angenommene Beschluß der römischen Plebs.[2] Auch der Senat hat gesetzgebende Gewalt, die er durch Senatuskonsulte übt.[3] Gesetzeskraft haben ferner die responsa prudentium, d. h. schriftliche Gutachten der vom Kaiser mit dem Recht, in seinem Namen zu respondiren, begnadigten Juristen.[4] Edikte der Prätoren und der kurulischen Aedilen begründen gleichfalls gesetzesähnliches Recht.

Die kaiserliche Gesetzgebung hatte ursprünglich nur den Charakter von Ausführungsverordnungen der Gesetze. Sie konnte daher die Volksgesetze nicht direkt antasten.[5] Ob die Kaiser zur authentischen Auslegung der Volksgesetze legitimirt seien, war noch unter den klassischen Juristen bestritten. Justinian verwirft den Zweifel als lächerlichen Irrthum.[6]

Da die kaiserlichen Verordnungen ursprünglich nur den Zweck hatten, das bestehende Recht auszuführen, nicht aber neue Grundlagen für das Recht zu legen, so wird es verständlich, daß eine besondere Publikation nicht Bedingung ihrer Geltung war. Die einzelnen Arten waren:[7]

1. Kaiserliche Edikte, d. h. vom Kaiser besonders verkündete Rechtsnormen.[8]

2. Mandate, d. h. in den Instruktionen der Kaiser für die Provinzialstatthalter festgestellte Rechtsnormen.[9]

3. Dekrete, d. h. kaiserliche Urtheile, soweit sie Rechtssätze aussprachen und anwendeten.[10]

---

2) §§ 4 ff. J. de jure nat. 1, 2. Das Nähere ist Aufgabe der Rechtsgeschichte. Die „lex Aquilia" bildete ein Plebiscit l. 1 § 1 D. ad legem Aquiliam 9, 2.

3) In der l. 9 D. de leg. 1, 3 — Ulpianus libro 16 ad edictum — wird dies als ein noch gegenwärtiges Recht dargestellt: non ambigitur senatum jus facere posse. Vgl. auch l. 1 C. de senatusconsultis 1, 16.

4) Vgl. l. 12 C. de leg. 1, 14 am Ende.

5) Mommsen, römisches Staatsrecht Bd. 2 Abth. 2. 3. Aufl. S. 881 ff.

6) l. 12 § 2 C. de leg. 1. 14. Cum igitur et hoc in veteribus legibus invenimus dubitatum, si imperialis sensus legem interpretatus est, an oporteat hujusmodi regiam interpretationem obtinere, eorum quidem vanam scrupulositatem tam risimus, quam corrigendam esse censuimus.

7) Gaj. Inst. I § 5, § 6 J. de jure nat. 1, 2. l. 1 D. de const. principum 1, 4.

8) l. 3 C. de legibus 1, 14.

9) Ein für das Privatrecht höchst wichtiges caput ex mandatis bezüglich des Militärtestamentes theilt mit l. 1 pr. D. de testamento militis 29, 1.

4. Reskripte, d. h. kaiserliche Antworten auf Anfragen von Privaten, sowie Bescheide auf Anfragen von Behörden — consultationes — sofern sie Rechtsregeln aussprachen.[11]

Dekrete und Reskripte hatten den nächsten Zweck, über ein konkretes in Frage stehendes Rechtsverhältniß zu entscheiden. Insoweit wirkten sie nur unter den Parteien, welche bei diesem Rechtsverhältniß betheiligt waren. Soweit sie aber bei dieser Veranlassung allgemeine Rechtssätze formulirten, hatten sie Verbindungskraft für Alle.[12] Inwieweit in einem Reskript oder Dekret allgemeine Rechtswahrheiten enthalten waren, oder nur die Besonderheit des Falles zum Ausdruck kam, darüber mußten schließlich Jurisprudenz und Praxis befinden.[13]

§ 25. Gesetzgebung in Deutschland.

Mit der deutschen Staatsverfassung waren die römischen Grundsätze über die gesetzgebende Gewalt unvereinbar. Denn in Deutschland bestand weder die Souveränität des Volkes, wie im republikanischen Rom, noch eine despotische Fürstengewalt, wie im justinianischen Reiche.[1]

---

10) l. 1 § 1 D. de const. princ. 1, 4 Ulpianus libro 1 institutionum: Quodcunque imperator . . . vel cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est . . . legem esse constat. Einen grundsätzlichen Widerspruch gegen die Gesetzeskraft der Interlokutionen des Kaisers will l. 3 C. de legibus 1, 14 nicht erheben. Man soll sie nur in der Regel als für den einzelnen Fall bestimmt ansehen. — Hauptbeispiel eines Gesetzes in Form eines Dekretes ist das decretum divi Marci l. 13 D. quod metus causa 4, 2, l. 7 D. ad legem Juliam de vi privata 48, 7.

11) Die Form der Reskripte konnte sein entweder die eines besonderen Schreibens — epistola — beziehungsweise in förmlicherer Gestalt — pragmatica sanctio — oder Antwort auf dem Anschreiben — adnotatio, subscriptio. Ein sachlicher Unterschied bestand zwischen diesen Formen nicht.

12) Die kaiserlichen Erlasse wurden in Registerbücher — commentarii — eingetragen, die je für das Jahr geführt und im kaiserlichen Archiv aufbewahrt wurden. Aus ihnen schöpfte man vorzugsweise. Vgl. Breßlau in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte n. F. Bd. 6 S. 242.

13) l. 1 § 1 u. § 2 D. de const. princ. 1, 4. Rechtsunsicherheit und mißbräuchliche Ausdeutung der Reskripte waren naheliegende Gefahren. Dagegen reagirten manche Kaiser und suchten die Gesetzeskraft der Reskripte einzuschränken, l. 2 C. de legibus 1, 14. Einen durchgreifenden Erfolg hatte eine derartige Selbstbeschränkung nicht. Siehe freilich Savigny Bd. 1 S. 128, Mommsen, Zeitschr. der Sav.Stftg. rom. Abth. Bd. 12 S. 256.

1) Savigny Bd. 1 S. 164 findet, „daß unsere Juristen die im römischen Rechte über die Rechtsquellen enthaltenen Vorschriften ganz willkürlich bald annehmen, bald mit Stillschweigen übergehen." Er entscheidet sich dahin, daß die römischen Vorschriften über die Rechtsquellen als dem Staatsrechte angehörend überhaupt nicht recipirt seien. Die Voraussetzung, von der Savigny ausgeht, daß alles, was dem Staatsrechte angehört, nicht recipirt sei, ist aber nicht bewiesen, vgl. oben § 4 Anm. 5. Auch hat die deutsche Praxis nie an der Reception zahlreicher, die Rechtsquellen betreffender Sätze des römischen Rechtes gezweifelt. Es verhält sich hier nicht anders wie bei anderen Rechtsmaterien. Diejenigen Rechtssätze, welche mit der deutschen Rechtsauf-

Im alten deutschen Reiche hatte der Kaiser in Verbindung mit dem Reichstage die gesetzgebende Gewalt. Daneben gewannen die Landesherren und Reichsstädte das Recht der Gesetzgebung. Es bestand auch in weitem Maße Autonomie, d. h. das Recht der Selbstgesetzgebung unter den Genossen.[2]

Nach der Verfassung des neuen Reiches entstehen die Reichsgesetze zwar durch übereinstimmende Beschlüsse des *Bundesrathes* und des *Reichstages*.[3] Sie erhalten verbindliche Kraft aber erst durch ihre Verkündigung von Reichswegen durch das Reichsgesetzblatt. Die Ausfertigung und Verkündigung steht dem *Kaiser* zu.[4 5]

Das Reich ist zuständig für die gemeinsame Gesetzgebung über das Privatrecht.[6] Die Landesgesetzgebung besteht daneben. Reichsgesetze gehen ihr aber vor, sofern sie nicht selbst dem Landesrecht den Vorrang überlassen, sich also einen bloß subsidiären Charakter geben. Die Autonomie ist im jetzigen Recht sehr eingeschränkt; sie steht vorzugsweise noch den Familien des hohen Adels bezüglich ihrer Successionsverhältnisse zu.[7]

Gesetze treten meist erst in Kraft, nachdem eine *gewisse Zeit von der Verkündigung ab verflossen* ist. Die verbindliche Kraft von Reichsgesetzen insbesondere beginnt regelrecht mit dem 14. Tage nach dem Ablauf desjenigen Tages, an welchem das betreffende Stück des Reichsgesetzblattes in Berlin ausgegeben ist. Deshalb wird der Tag der Ausgabe auf dem Blatte bemerkt. Das Gesetz kann *vorschreiben*,

---

fassung unvereinbar waren, wurden nicht recipirt, diejenigen, welche in derselben Anknüpfungspunkte hatten, gingen in das gemeine Recht über.

2) Vgl. Stobbe, D. P.R. Bd. 1 § 19, Brunner in Holtzendorffs Rechtslexikon „Autonomie". Regelsberger Bd. 1 § 24, Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 19.

3) Reichsverfassung Art. 5.

4) Reichsverfassung Art. 2, Art. 17.

5) Ist die Verkündigung formell rechtsbeständiger Beschlüsse von Bundesrath und Reichstag schlechthin eine Verpflichtung des Kaisers? Meist wird dies behauptet. Kolbow im Archiv für öff. Recht Bd. 7 S. 73 und dort Citirte. Die Verfassung enthält hiervon nichts. Es ist nur zuzugeben, daß sie die Verkündigung als die Regel unterstellt. Aber der Kaiser könnte sie in außerordentlichen Fällen, z. B. bei einem Regierungs- und Systemwechsel unserer Ansicht nach verweigern, ohne daß hierin ein Verfassungsbruch läge. So hat er indirekt außerordentlicher Weise ein Veto. — Im neueren konstitutionellen Staatsrecht unterscheidet man „*formelle*" Gesetze, worunter man jeden Staatsakt versteht, der in die Formen der Gesetzgebung gekleidet ist, insbesondere auch das sog. Budgetgesetz, welches die Einnahmen und Ausgaben des Staates normirt, und „*materielle*" Gesetze, die einen Rechtssatz aufstellen. Vgl. Albert Hänel, Das Gesetz i. form. u. mater. Sinn 1888. Anschütz, Krit. Stud. z. L. vom Rechtssatz und formellen Gesetz. Hall. Inauguraldissertation 1891. Pernice, Formelle Gesetze im röm. Recht 1888. Thon, Gesetz im formellen u. materiellen Sinne, Archiv für öff. Recht Bd. 5 S. 149.

6) Reichsverfassung Art. 4 Ziff. 13 nach dem Reichsgesetze v. 20. December 1873. Vgl. oben § 1 Anm. 4.

7) Vgl. R.G. Bd. 18 S. 198. Einf.Ges. zum B.G.B. Art. 57 und 58.

daß es *früher* oder daß es *später* in Kraft tritt. Es kann sein Inkrafttreten auf einen bestimmten späteren Termin setzen oder vom Eintritt gewisser bedingender Ereignisse, z. B. der künftigen Publikation anderer Gesetze, abhängig machen.

Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige, nur dem Gesetze unterworfene Gerichte ausgeübt.[8] Es ist Streitfrage, ob der *Richter* befugt ist, die *Legalität* eines vom Kaiser formell verkündeten *Reichsgesetzes* zu prüfen,[9] und in entsprechender Weise, ob ihm diese Prüfung bezüglich der Rechtsbeständigkeit eines vom *Landesherrn* formell *verkündeten Landesgesetzes* zusteht. Grundsätzlich ist die Frage zu bejahen. Denn der Richter soll nur nach den Gesetzen richten. Nicht was als Gesetz erscheint, sondern was Gesetz ist, muß für ihn maßgebend sein.[10]

Ein alter Spruch ist: jura novit curia. Der Richter *hat das Recht zu kennen*.[11] Dies bezieht sich unbedingt aber nur auf *inländische Gesetze*. Solche Gesetze hat der Richter nach seiner Amtspflicht seinerseits zu ermitteln, sie sind nicht Gegenstand eines Beweises der Parteien. Der Richter hat diese Gesetze auch anzuwenden, wenn sie die Betheiligten nicht anrufen.

§ 26. b. *Gewohnheitsrecht. Allgemeine Natur.*[1]

Die älteste Rechtsquelle ist die Gewohnheit. Auf die Gewohnheit führt der Ursprung von Staat und Recht zurück, gründen sich die fun-

8) Deutsches Gerichtsverfassungsgesetz § 1.

9) Laband, Deutsches Staatsrecht Bd. 2 S. 57, behauptet: „der durch die Verantwortlichkeit des Reichskanzlers gesicherte Abdruck des Gesetzes im Reichsgesetzblatte hat die rechtliche Eigenschaft der Authenticität. Die Prüfung, welche den Behörden und Angehörigen des Reiches hinsichtlich der Existenz der Reichsgesetze obliegt, beschränkt sich daher darauf, daß sie sich überzeugen, daß das Reichsgesetz in dem Reichsgesetzblatt in der dem Art. 17 der Reichsverfassung entsprechenden Art und Weise abgedruckt ist.“ Vgl. auch Jellinek, Gesetz und Verordnung 1887 S. 396. Aber die Reichsgesetzgebung wird ausgeübt durch Bundesrath und Reichstag und nur *Reichsgesetze* erhalten durch ihre Verkündigung Kraft. Daß, was als Reichsgesetz verkündigt ist, auch Reichsgesetz sei, dafür spricht die Vermuthung — legalia praesumuntur. Nichts berechtigt uns aber, die Präsumption in eine Fiktion zu verwandeln. Ueber das richterliche Prüfungsrecht vgl. RG. Bd. 24 S. 3, Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 18 IV. — Der Fall ist denkbar, daß Theile eines vom Bundesrath und Reichstag angenommenen Gesetzes bei der Publikation in Folge Versehens wegbleiben! Dann ist die Publikation ungültig, denn das Gesetz ist ein untheilbares Ganze. Schreib- und Druckfehler können nachträglich berichtigt werden, nach R.G. Bd. 41 S. 34 auch „bloß sprachliche Aenderungen“.

10) Landesgesetzlich ist zuweilen das Gegentheil bestimmt. So im Art. 106 Abs. 2 der Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat v. 31. Januar 1850.

11) So schon die Glosse „probatis his“ zu l. 1 C. quae sit longa consuetudo 8. 52, vgl. C.P.O. § 293, unten § 28 Anm. 2. Bezüglich der *Thatsachen*, auf welche sich die Rechte der Parteien stützen, gilt dagegen der Satz „quod non est in actis, non est in mundo“. Vgl. auch Friedrich Stein, das private Wissen des Richters 1893 S. 174 ff.

1) Aus der Litteratur heben wir hervor: Puchta, Das Gewohnheitsrecht 2 Bde.

damentalen Institute des Privatrechtes, wie Eigenthum, Ehe, Verwandtschaft.

Im Laufe der Entwickelung treten die Gesetze in den Vordergrund. Sie haben eine unvergleichlich geringere produktive Kraft, als die Gewohnheit. Aber sie bestimmen den Rechtszustand, welcher gewohnheitsmäßig entstanden war, in das einzelne hinein, sie bilden ihn nach Rücksichten der Zweckmäßigkeit fort.[2] Neben der Gesetzgebung macht sich die reflektirende Jurisprudenz geltend, welche das Recht systematisch ausarbeitet. Gegenüber der Thätigkeit dieser Faktoren erschlafft die Kraft der Gewohnheit. Nunmehr kommt die Zeit, in welcher mancher das Gesetz als einzig normale Quelle des Rechtes ansieht und die Berechtigung des Gewohnheitsrechtes in Frage stellt. Jetzt fühlt man das Bedürfniß, das Gewohnheitsrecht aus inneren Gründen zu rechtfertigen, gleichsam zu vertheidigen. Man sucht nunmehr seine Ebenbürtigkeit mit dem Gesetze zu erweisen, indem man es auf denselben Urgrund wie dieses zurückführt.

So thaten die römischen Juristen der Kaiserzeit. Sie lehrten, der Wille des Volkes sei der Grund des Rechtes. Es könne aber keinen Unterschied machen, ob das Volk seinen Willen durch Abstimmung kundgebe oder durch die Uebung.[3] Andere Wege schlug man in der Neuzeit ein. Im achtzehnten Jahrhundert sah man vielfach in den Gesetzen allein die normale Rechtsquelle; die Gewohnheit sollte daher nur in Folge stillschweigender Genehmigung des Gesetzgebers Verbindungskraft haben.[4] Die historische Schule trat dem entgegen. Sie ging dabei

---

1828, 1837. Laband in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 17 S. 466 ff. Adickes, Lehre von den Rechtsquellen 1872. Zoll in Iherings Jahrb. Bd. 13 n. 10. Adolf Schmidt, das G.R., Leipziger Programm 1881. Zitelmann, G.R. und Irrthum im Arch. f. civ. Praxis Bd. 66 n. 13. Rümelin in Iherings Jahrb. Bd. 27 n. 3, Franken, Juristenrecht 1889, Schuppe, Kritik der beiden ersten §§ des Entwurfs 1890, Neukamp im Arch. f. bürg. R. Bd. 12 S. 89. — Das B.G.B. läßt die Lehre des Gewohnheitsrechtes unberührt.

2) Ihering, Geist des römischen Rechtes Bd. 2 Abth. 1, 4. Aufl. S. 28, hebt mit Recht hervor, daß das Gesetz formell dem Gewohnheitsrechte weit überlegen ist. Wenn aber in der neueren Zeit die Werthschätzung des Gesetzesrechtes gegenüber dem Gewohnheitsrechte sehr gestiegen ist, so sollte man nicht übersehen, daß die schöpferische Kraft der Gesetzgebung eine sehr geringe ist, vor allem auf dem Gebiete des Privatrechtes, und daß ihr das Gewohnheitsrecht in dieser Hinsicht weit überlegen ist.

3) l. 32 § 1 D. de legibus, 1, 3. Julianus libro 84 Digestorum. Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus, quod dicitur, moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? Dies schrieben dann die Anderen nach: Ulp. fragm. I § 4: mores sunt tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus, vgl. l. 35 D. h. t. 1, 3.

4) Vgl. hierüber Bierling, Kritik der Grundbegriffe Bd. 1 S. 23.

von der Voraussetzung aus, daß die Volksüberzeugung Verbindungskraft habe, und leitete aus ihr die Gewohnheit ab, wie das Gesetz. In der Gewohnheit spiegele sich die Volksüberzeugung unmittelbar, im Gesetze mittelbar.

In Wirklichkeit liegen in solchen Erörterungen philosophische Erklärungen. Die Verbindungskraft des Gewohnheitsrechtes beruht nicht auf deren Begründetheit. Sie ist eine historische Thatsache, ein gegebener Grundfaktor unseres Rechtes.[5]

Hiernach ist es ungerechtfertigt, wenn Gerichte bei der Prüfung der Frage, ob ein Gewohnheitsrecht bestehe, außer der Thatsache langjähriger Rechtsgewohnheit fordern, daß ihnen deren Uebereinstimmung mit einer Volksüberzeugung erhelle.[6] Ein derartiges Erforderniß ist dem positiven Rechte fremd. Nichts legitimirt den Richter dazu, eine solche Anforderung zu stellen.

§ 27. Die Erfordernisse des Gewohnheitsrechtes.

Langjährige Rechtsgewohnheiten des Volkes oder eines Kreises des Volkes bilden Gewohnheitsrecht. Es ist also erfordert:

1. eine Gewohnheit, d. h. ein gleichförmiges Thun oder Lassen. Nach der jeweiligen Sachlage ist zu beurtheilen, wie viele Fälle genügen. Aus ihr erhellt, ob einzelne Abweichungen vom Gewöhnlichen oder ob entgegengesetzte Handlungen als bloße Abnormitäten anzusehen sind, welche der Annahme einer Gewohnheit nicht entgegentreten, oder ob sie die Gewohnheit in Frage stellen.

Die Gewohnheit ergiebt sich vorzugsweise aus Handlungen. Aber auch Unterlassungen genügen, wenn sie ersichtlich das Ergebniß von Willensentschlüssen sind. Ein Beispiel wäre, wenn sämmtliche Neubauten in einer Stadt lange Zeit hindurch einen bestimmten Minimalabstand von der Grenze einhielten.

---

5) An die Stelle der Frage nach dem Grunde der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechtes tritt neuerdings folgerecht die Frage nach dem verbindenden Grunde der Gesetze überhaupt, d. h. der Rechtsnormen. Sie gehört offenbar der Rechtsphilosophie an. Mit ihr beschäftigt sich namentlich Bierling, Kritik der juristischen Grundbegriffe, sowie Zitelmann a. a. O. S. 446.

6) Es geschieht das namentlich durch das Reichsgericht in zahlreichen Urtheilen, welche man bei Zitelmann a. a. O. S. 324 zusammengestellt findet. Beispielsweise führt RG. Bd. 3 S. 211 aus: „es liegt kein Grund vor, dem fraglichen Gerichtsgebrauch rechtserzeugende Kraft beizulegen, denn auch hier ist nicht nachweisbar, daß derselbe eine partikulare Rechtsüberzeugung zur Quelle habe.“ Nach dieser Auffassung wäre die Rechtsüberzeugung ein selbständiges, besonders darzuthuendes Erforderniß des Gewohnheitsrechtes. Freilich lehnt sich das Reichsgericht an die Theorie gewichtiger Autoritäten an, vgl. unten § 29 Anm. 4. Aber quellenmäßig und dem Wesen der Sache entsprechend ist jene Auffassung wohl nicht. Anders Gierke, Deutsch. Privr. Bd. 1 § 20 S. 164.

2. Es muß eine langjährige Uebung vorliegen.[1] Mit Unrecht haben ſich manche Neuere um deswillen dagegen erklärt, weil die Volksüberzeugung auch in einem einmaligen Geſchehen hervortreten könne. In der That iſt die dauernde Uebung ein weſentliches Element für die Bildung des Gewohnheitsrechts. Dem Menſchengeiſt wohnt Ehrfurcht vor dem Althergebrachten inne und die Scheu, dasjenige anzutaſten, was lange beſtand. Denn das Beſtehende läßt ſich in ſeinen Wirkungen überſehen, die Vortheile, die es bringt, ſind abmeßbar wie die Nachtheile. Wie dasjenige wirken wird, was man an die Stelle ſetzen könnte, ergiebt mit Sicherheit erſt die Zukunft. Das fühlt das Volk inſtinktiv und deshalb will es, daß an alten guten Gewohnheiten feſtgehalten werde.

Die Zeit iſt ein weſentlicher Faktor wie bei der Gewohnheit, ſo auch bei der Verjährung. Aber die Gewohnheit bildet Recht im objektiven Sinne, alſo eine Rechtsnorm, die Verjährung begründet oder vernichtet Recht im ſubjektiven Sinn, alſo eine Berechtigung, ſie bezieht ſich nur auf ein einzelnes Verhältniß.

Dem kanoniſchen Rechte kam dies nicht zum klaren Bewußtſein. Deshalb forderte es Ablauf der Verjährungszeit, alſo mindeſtens von zehn Jahren.[2] Hiervon iſt die neuere Theorie allgemein und die Praxis überwiegend abgegangen. Dies iſt zweckmäßig. Die Verhältniſſe liegen zu verſchieden, als daß ein einheitlicher Maßſtab empfehlenswerth wäre. Mehrjährige Dauer iſt aber nothwendig. Ueber die Zahl der Jahre entſcheidet richterliches Ermeſſen.

3. Die langjährige Uebung muß eine Rechtsgewohnheit, d. h. ſie muß zu einer Rechtsregel geworden ſein. Dies iſt es, was man herkömmlicher Weiſe als das Erforderniß der opinio necessitatis bezeichnet.

Das bloß aus Rückſichten der Sitte, des Anſtandes lange Zeit Geübte iſt daher nicht Gewohnheitsrecht.

---

1) Die römiſchen Quellen reden von longa, inveterata consuetudo, vgl. die oben § 26 Anm. 3 angeführten Stellen; daher lautet auch die Ueberſchrift des Digeſtentitels 1, 4 „de legibus et ... longa consuetudine“. Insbeſondere fordert Hermogenian in der l. 35 D. h. t.: quae longa consuetudine comprobata sunt et per plurimos annos observata“. Vgl. auch Seuff. Arch. Bd. 47 n. 90. (R.G.)

2) cap. 11 X de cons. 1. 4 „nisi si fuerit rationabilis et legitime sit praescripta“. vgl. cap. 3 in 6to 1, 3. Savigny ſieht in dieſen Worten bloß die Hervorhebung der Nothwendigkeit „längerer Dauer“ der Uebung. Allein die Worte fordern mehr, nämlich „die geſetzliche Verjährungszeit“. Sie ſchließen ſich dabei an die im Mittelalter bei den Juriſten herrſchende Anſicht an. Vgl. Puchta, Gewohnheitsrecht Bd. 2 S. 98 ff. — Windſcheid § 16 Anm. 1 ſieht die Beſtimmung des kanoniſchen Rechtes als durch die Praxis beſeitigt an, worin man ihm beitreten kann.

Von dem Gewohnheitsrecht scharf zu unterscheiden ist der bloße *Geschäftsgebrauch*, d. h. was bei Geschäften gewisser Art meistens vorkommt, ohne daß es zu einer *Rechtsregel* wird. Es wird vermuthet, daß die Betheiligten das allgemein Gebräuchliche bei ihren Geschäften wollten, es bildet also im Zweifel einen Bestandtheil ihrer Vereinbarung, aber es ist nicht eine Norm des objektiven Rechts. Dahin gehört z. B. der Gebrauch, daß bei Kaufgeschäften gewisser Art dem Käufer ein Abzug — Rabatt — vom Kaufpreise verstattet wird.[3] Den Geschäftsgebrauch bezeichnet man vorzugsweise als Usance; doch ist der Sprachgebrauch kein fester.

Wiederholte *irrthümliche* Auslegung eines Gesetzes bildet noch kein Gewohnheitsrecht. Aber es kann aus ihr ein Gewohnheitsrecht erwachsen, indem das lange Zeit Geübte schließlich um der langjährigen Uebung willen selbständige Autorität gewinnt.[4]

4. Es muß sich um eine Uebung des *Volkes* oder eines *Kreises der Volksgenossen* handeln. Man pflegt hiernach zu unterscheiden: *gemeine Gewohnheiten*, die das *Volksganze* beherrschen, und Herkommen oder *Observanzen*, die nur einen *engeren Geltungsbereich* haben, z. B. einzelne kommunale Verbände, Standesgenossen.

5. Die Rechtsgewohnheit muß auch eine *löbliche* sein, um Ge-

---

3) Für den Geschäftsgebrauch gilt der Satz: l. 31 § 20 D. de aedil. edicto 21, 1 Ulpianus libro ad edictum aedilium curulium — ea quae sunt moris et consuetudinis in bonae fidei judiciis debent venire. Aber dieser Satz gilt für den Geschäftsgebrauch nur, wenn sich ihm die Parteien unterwerfen, sei es, daß sie seinen Inhalt *speziell* kannten, oder daß sie sich ihm *allgemein* unterwarfen, ohne den Inhalt zu kennen, z. B. sie kontrahiren ein Börsengeschäft zu Berlin auf Grund der Usancen der Berliner Börse, ohne diese speziell zu kennen. Vgl. auch R.O.H.G. Bd. 22 S. 371. Ueber derartige „Handelsgebräuche" können nach dem Gerichtsverfassungsgesetze des Reiches § 118 die Kammern für Handelssachen aus eigener Sachkunde und Wissenschaft entscheiden. Ueber die Befugnisse anderer Richter in dieser Hinsicht siehe R.G. Bd. 2 S. 383. — Vgl. übrigens Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte 1897.

4) In der l. 39 D. de leg. 1, 3 entscheidet Celsus libro 23 Digestorum: quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet. Viele, z. B. Windscheid § 16 Anm. 3, leiten hieraus den Satz, daß Gewohnheitsrecht nicht auf Irrthum beruhen dürfe. Celsus aber geht gerade umgekehrt davon aus, daß sich auf Grund eines ursprünglichen *Irrthums ein Gewohnheitsrecht gebildet habe* — consuetudine optentum est — und entscheidet nur, daß aus derartigen irrationalen, mehr zufälligen Rechtsbildungen analoge Schlüsse nicht zu machen seien. Des Irrthums gedenkt er, um anschaulich zu machen, wie es komme, daß sich das irrationale Gewohnheitsrecht einbürgerte, siehen unten § 33. Vgl. vorzüglich Zitelmann a. a. O. S. 323, Rümelin a. a. O. S. 196. R.G. Bd. 26 S. 323 und dort angef. Entsch. d. R.G. verwerfen die Annahme eines Gewohnheitsrechtes, wenn sich die Uebung „lediglich" als Uebung des nach der Meinung der Betheiligten bestehenden gesetzlichen Rechtes darstellt. Dies ist mit den Sätzen unseres Textes nicht unvereinbar.

wohnheitsrecht zu machen, d. h. sie darf nicht gegen die gesunde Vernunft[5] und die guten Sitten verstoßen.[6]

§ 28. Die Kraft des Gewohnheitsrechtes.

Ob ein Gewohnheitsrecht im gegebenen Falle vorhanden ist, wird häufig zweifelhaft sein, denn die Thatsachen, durch welche es dargethan werden soll, sind oft erst durch weitläufige Proceduren, insbesondere durch Zeugenaussagen über die einzelnen Fälle der Uebung festzustellen. Aber auch die Rechtsfrage, ob sich aus den erwiesenen Thatsachen ein Gewohnheitsrecht ergiebt, bietet häufig Schwierigkeiten. Denn die rechtlichen Kriterien des Gewohnheitsrechtes lassen, wie sich ergab, dem richterlichen Ermessen einen sehr weiten Spielraum.[1] Dies macht sich in solchen Epochen weniger fühlbar, in welchen ungelehrte Gerichte urtheilen, welchen die Kenntniß der in ihrem Kreise bestehenden Gewohnheiten unmittelbar innewohnt. Nach der Einsetzung gelehrter Gerichte aber, welchen die Gewohnheiten des Ortes oder eines Standes fast fremd waren, trat die Unsicherheit des Gewohnheitsrechtes scharf hervor. Die juristische Praxis und die ältere Doktrin war daher dem Gewohnheitsrechte sehr abgeneigt. Die historische Schule hatte dagegen nur Auge für die idealen Vorzüge des Gewohnheitsrechtes, nicht für dessen formale Unvollkommenheit. —

Diese verschiedene Schätzung des Gewohnheitsrechtes macht sich in folgenden Streitfragen geltend:

1. Seit der Glossatorenzeit war gemeine Meinung, daß der Richter von Amtswegen zwar die Gesetze zu kennen, nöthigenfalls zu erkunden habe, daß aber Gewohnheiten, wie Thatsachen, sofern sie nicht notorisch seien, dem Richter von den Parteien bewiesen werden müßten, wenn sie sich auf dieselben stützten.[2]

Dagegen erklärte Puchta,[3] es sei Pflicht des Richters, das Recht zu kennen. Da nun Gewohnheitsrecht nicht minder Recht sei, wie Gesetzesrecht, so habe der Richter auch die Gewohnheitsrechtssätze, die nicht gerichtkundig seien, von Amtswegen zu erforschen.

---

5) l. 2 C. quae sit long. cons. 8, 52, verb. „ut rationem vincat“, nov. 134 cap. 1, vgl. cap. 11, cap. ult. X de cons. 1, 4. Viele leugnen freilich dies Erforderniß.

6) R.G. Bd. 11 S. 212, Bd. 12 S. 292, Bähr, Urtheile des R.G. S. 18.

1) Schon die Römer bezeichneten das Gewohnheitsrecht als incertum jus. l. 2 § 3 D. de orig. jur. 1, 2.

2) glossa „probatis his“ zu l. 1 C. h. t. jus non scriptum pendet ex facto; factum esse necesse probari.

3) Puchta, Gewohnheitsrecht Bd. 2 S. 151 ff.

Ist dies gleich logisch, so handelt es sich doch auch um praktische Erwägungen. In Folge derselben hat C.P.O. § 293 einen vermittelnden Standpunkt. Der Richter hat hiernach das Gewohnheitsrecht ohne weiteres anzuwenden, wenn es gerichtskundig ist, es von Amtswegen zu erforschen, wenn ihm dies der Sachlage entsprechend scheint, z. B. eine behauptete örtliche Gewohnheit über Kirchenbaulast beim Konsistorium der Provinz zu erfragen.[4] Amtliche Erklärungen, welche die Gewohnheit unmittelbar bezeugen, können dabei genügen, auch ohne ausreichende Anführung einzelner Fälle. Hiervon abgesehen haben die Parteien die Thatsachen, auf welche sie die Behauptung des Gewohnheitsrechtes stützen, wie andere Thatsachen zu beweisen.[5]

2. Alte Streitfrage ist, ob Gewohnheiten die Kraft haben, ältere Gesetze zu beseitigen. Dies bejaht mit größter Bestimmtheit der Jurist Julianus in den Pandekten in ausführlicher Erörterung, und es verneint mit trockener Kürze, aber mit derselben Bestimmtheit der Kaiser Konstantin im Kodex. Jenes unbedingte Ja und dieses unbeschränkte Nein zu vereinigen, ist unmöglich, wenn man den Aeußerungen nicht Gewalt anthun will.[6]

Die neuere Theorie und Praxis erkennt die derogatorische Kraft jüngerer Gewohnheiten gegenüber älteren Gesetzen an. Man kann sich hierfür auf das kanonische Recht stützen, welches dem Gewohnheitsrecht zwar die Kraft versagt, natürliches und göttliches Recht umzustoßen,

4) C.P.O. § 293 bestimmt, der Richter sei „befugt, auch andere Erkenntnißquellen zu benutzen." — Was aber „Befugniß" des Richters bildet, ist stets auch dessen Pflicht, wo die Sachlage die Anwendung erfordert. Denn der Richter hat nie nach Willkür zu handeln, auch nicht wo sein freies Ermessen stattfindet. — Die in neueren Gesetzen oft wiederkehrende Ausdrucksweise „der Richter ist befugt" oder „er kann" ist unangemessen, weil es dies leicht verdunkelt.

5) Der Richter ist nicht verpflichtet, den angebotenen Beweis über ein angebliches Gewohnheitsrecht zu erheben, von dessen Nichtbestehen er unmittelbar Kenntniß hat, oder von dessen Bestehen er selbst unter Voraussetzung der unter Beweis gestellten Thatumstände sich nicht überzeugt halten würde, R.G. Bd. 3 S. 149.

6) l. 32 § 1 D. de legibus 1, 3 Julianus libro 84 Digestorum: quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. — l. 2 C. quae sit longa consuetudo 8. 52. Imp. Constantinus: Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento ut aut rationem vincat aut legem. Die herkömmliche Vereinigung beruht auf der Erklärung, daß partikulares Gewohnheitsrecht ein gemeines Recht nicht aufheben könne. Dieser Versuch hat ein historisches Interesse, vgl. oben § 4 Anm. 1; derzeit vertritt ihn noch Regelsberger Bd. 1 § 23. Er beruht nicht auf richtiger Methode. In der l. 2 C. h. t. ist nichts zu finden, was auf „partikulare Gewohnheiten" und ihr Verhältniß zu „gemeinen" Gesetzen hinweist. Es setzt diese Erklärung voraus, daß Konstantin gerade diejenigen Momente, von denen er seine Entscheidung abhängig machen wollte, verschweige. Vgl. jedoch Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht S. 163. Aus der Reichsverfassung ist zu schließen, daß gegenüber deutschem Reichsrecht partikuläre Gewohnheiten ohne Kraft sind.

nicht aber positive Gesetze zu beseitigen.[7] Es entspricht aber auch der Erfahrung, daß die Gesetze der zerstörenden Einwirkung entgegengesetzter Gewohnheiten mit der Zeit unterliegen.

§ 29. c. Gerichtsgebrauch.

Eine dem Gewohnheitsrecht verwandte, aber eigenartige Rechtsquelle ist der Gerichtsgebrauch. Seine Verbindungskraft ist bestritten.[1] Die Vorfrage ist, was man unter Gerichtsgebrauch versteht.

Einzelne Präjudicien eines Gerichtes, auch des höchsten, bilden nicht Gerichtsgebrauch.[2] Kommt die in ihnen behandelte Rechtsfrage in einem neuen Rechtsstreit wieder zur Verhandlung, so ist das Gericht berechtigt und verpflichtet, der Kritik das Ohr offen zu halten. Eigensinniges Festhalten an unzutreffenden Präjudicien ist der Rechtspflege und der Autorität des Gerichtes ebensowenig förderlich, als leichtes Aufgeben derselben ohne durchschlagende Gründe. Ein maßgebender Gerichtsgebrauch existirt auch nicht, so lange die Gerichte desselben Staats- und Rechtsgebietes der Art in verschiedener Weise urtheilen, daß ein fester Zustand nicht hergestellt ist.

Gerichtsgebrauch ist die allgemeine, gleichförmige und langjährige Uebung eines Rechtssatzes durch die Gerichte des Rechtsgebietes.

Der Gerichtsgebrauch hat Gesetzeskraft wie das Gewohnheitsrecht. Gewohnheitsrecht im engeren Sinne ist der Gerichtsgebrauch nicht, denn dieses geht aus den Handlungen oder Unterlassungen der Betheiligten hervor. Die Gewohnheit bildet Volksrecht, der Gerichtsgebrauch Juristenrecht.[3] Die Verwandtschaft liegt aber darin, daß eine langjährige Rechts-

7) cap. ult. X de cons. 1, 4. R.G. Bd. 5 S. 133 nimmt hiernach an: Es vermag ein Gewohnheitsrecht ebensowohl gegen gebietende und verbietende Gesetze ein neues Rechtsinstitut einzuführen, wie abändernd zu wirken. Uebereinstimmend R.G. in Seuff. Arch. Bd. 52 n. 1.

1) Wächter, Beitrag zu der Lehre vom Gerichtsgebrauch im Archiv für civ. Pr. Bd. 23 S. 432. Albert, d. Gerichtsgbr. Gött. Inaug.diss. 1890. Vgl. auch O. Bülow, Gesetz und Richteramt 1885; Kohler, Die schöpferische Kraft der Jurisprudenz in Iherings Jahrb. Bd. 25 S. 262.

2) Nichts anderes besagt die l. 13 C. de sententiis 7, 45 von Justinian, welche man oft gegen die Verbindungskraft des Gerichtsgebrauches anführt. Dem Unterrichter sollen, heißt es hier, die Präjudicien der Oberrichter, welche er für unrichtig hält, nicht maßgebend sein, „cum non exemplis, sed legibus judicandum est."

3) l. 38 D. de legibus, 1, 3. Callistratus libro 1 quaestionum. Nam imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem vim legis optinere debere. Der Gerichtsgebrauch wird hier mit Recht der Gewohnheit zur Seite gestellt, nicht untergeordnet. Das Gesetz ist schon dann zweideutig, wenn es der Gerichtsgebrauch anders auslegt, als es der Interpret für richtig hält.

übung besteht, die um ihres Alters willen Autorität und Gesetzeskraft in Anspruch nimmt.

Diese Kraft hat der Gerichtsgebrauch auch gegenüber dem geschriebenen Gesetz. Allerdings soll der Richter die Gesetze anwenden, er ist nicht befugt, dieselben zu verändern oder gar aufzuheben. Allein auch das Gesetz kann sich nur durch Bethätigung erhalten. Ist es Jahrhunderte lang vergessen oder mißverstanden, ist es der Wirklichkeit fremd geworden, so widerspricht es der Gerechtigkeit, dasselbe in seinem ursprünglichen Sinn dem Leben aufzudrängen. Nach dem Gerichtsgebrauch haben sich die Verhältnisse gestaltet, er gilt dem Verkehr als Recht. Das Gesetz hat aufgehört das Recht zu sein. Der Gerichtsgebrauch hat es beseitigt oder umgestaltet und seinerseits Gesetzeskraft gewonnen.[4]

Zuweilen finden sich staatliche Einrichtungen, welche der Bildung eines Gerichtsgebrauches Vorschub leisten sollen. Insbesondere hat die Errichtung eines Reichsgerichts für Deutschland den Zweck, einen einheitlichen Gerichtsgebrauch anzubahnen. Die Erreichung dieses Zieles wird durch die Bestimmung gefördert, daß kein Senat des Reichsgerichtes von der Entscheidung eines anderen Senates oder der vereinigten Senate selbständig abweichen darf, daß er vielmehr vorher die Beschlußfassung der vereinigten Senate zu veranlassen hat.[5][6]

4) Die herrschende Theorie ist eine andere. Puchta, Gewohnheitsrecht Bd. 2 S. 19 ff., lehrt, daß in Zeiten, in welchen das Recht in Folge seiner weiteren Ausbildung im Bewußtsein aller seiner Glieder zurücktrete, auf natürlichem Wege die Juristen das Organ würden, in welchem sich die nationalen Ansichten aussprechen und die gemeinsame Ueberzeugung des Juristenstandes dieselbe Stelle, wie die Ueberzeugung der Glieder der Nation überhaupt einnehme. Von dieser gemeinsamen Ueberzeugung der Juristen, welche als Volksüberzeugung zu qualifiziren sei, sei aber jede bloß wissenschaftliche und wissenschaftlich zu begründende Ansicht auszunehmen, auf welche sich die äußere Autorität, welche der gemeinsamen Ueberzeugung der Juristen als Repräsentanten der Nation zuzuschreiben sei, nicht erstrecken könne. Diesen Auffassungen hat sich Windscheid § 16 a. E. angeschlossen. Das R.G. sucht sie in seinen Entscheidungen zu verwerthen. Allein wenn wir auch von der Frage absehen, ob die Volksüberzeugung unmittelbare Rechtsquelle ist, so ist es doch jedenfalls unerwiesen und unbeweisbar, daß die Juristen spezifische Träger dieser Volksüberzeugung sind. Schließlich schwächt dies auch Windscheid in erheblichstem Maße ab. Die Unterscheidung ferner der Kraft des Gerichtsgebrauchs, je nachdem er „Volksüberzeugung" oder nicht, ist eine prekäre und führt auch praktisch zu verkehrten Resultaten. Der Gerichtsgebrauch, welcher seit Jahrzehnten oder Jahrhunderten gewisse Formen für die Errichtung eines gerichtlichen Akts festhielt, ist sicher zu respektiren, wegen seines Alters, sowie mit Rücksicht auf die Kontinuität des Rechtes und auf die Sicherheit des Verkehrs. Auf einer „Volksüberzeugung" beruht er freilich nicht. Vgl. auch Gierke, Deutsch. Privr. Bd. 1 § 21 S. 179.

5) G.V.G. § 137 (abgeändert durch Ges. v. 17. März 1886). Vgl. C.P.O. § 565. Das Vorbild gab die Organisation des ehemaligen preußischen Obertribunals.

6) Ueber ältere Einrichtungen siehe Stobbe, P.R. Bd. 1 § 24, Roth, P.R Bd. 1 § 45.

Die Autorität des Gerichtsgebrauches ist immerhin leichter zu erschüttern, als die eines Gesetzes. Seine Verbindungskraft ist, da über dieselbe sehr verschiedene Ansichten herrschen, eher in Frage zu stellen. So mag es sich ereignen, daß er seine Kraft bei Veränderungen im Volksleben, in den Staatseinrichtungen, in der Gerichtsverfassung und selbst gegenüber durchgreifenden wissenschaftlichen Bewegungen verliert.

Dies wird durch Vorgänge unserer Zeit beleuchtet. In den deutschen Partikularstaaten erfuhren Sätze des gemeinen Rechtes durch den Gerichtsgebrauch vielfach eine besondere Ausprägung, welche sich Jahrhunderte hindurch bei den Landesgerichten vererbte. Bei Begründung des Deutschen Reichs wurde das Reichsgericht niedergesetzt mit der Aufgabe, die Rechtseinheit zu fördern. Und nun wurde in der Rechtsprechung des Reichsgerichtes die Berechtigung des besonderen Gerichtsgebrauches in Frage gestellt und viele der partikularen Rechtsbildungen fielen.[7][8]

§ 30. Außerkrafttreten der Gesetze.[1]

Gesetze verlieren ihre Wirkungskraft entweder aus Gründen, die *in ihnen selbst liegen*, oder durch *neue Gesetze*. Unter Gesetz verstehen wir hier jede Rechtsnorm.

1. Es kommt vor, daß Gesetze von vornherein ihrer Wirkung eine *zeitliche Grenze* setzen. Sie werden etwa für gewisse Ausnahmezustände erlassen, z. B. für die Dauer eines Kriegszustandes, oder für gewisse Zeit, wie dies z. B. bei den deutschen Socialistengesetzen der Fall war, so daß sie mit Eintreten des Endtermins nicht weiter eingreifen.

Das Gesetz verliert seine Kraft ferner, wenn das *Verhältniß*, welchem es bestimmt war, *dauernd beseitigt* ist; ja selbst dann, wenn man nachträglich erkennt, daß dieses Verhältniß nicht vorkommen kann. Gesetze z. B. gegen Hexen[2] wurden gegenstandslos, als man einsah, daß Hexerei unmöglich ist.

Dagegen hört die Wirkungskraft eines Gesetzes dadurch allein nicht auf, daß sich die Umstände, welche es *veranlaßten*, geändert haben.[3] Dies kann nur eine Veranlassung dazu geben, das Gesetz aufzuheben.

---

7) Siehe namentlich R.G. Bd. 3 S. 210, ferner Bd. 1 S. 313.

8) Ansichten von Rechtslehrern können Autorität gewinnen und so einen Gerichtsgebrauch herbeiführen. Daß aber, wie Regelsberger Bd. 1 § 25 meint: „was von den hervorragendsten Vertretern der Wissenschaft gelehrt wird (communis doctorum opinio), die Vermuthung der Richtigkeit für sich hat", ist haltlos. Ueber die Verbindungskraft der Theorie vgl. noch Gierke, Deutsch. Privr. Bd. 1 § 21 III.

1) Eisele im Archiv f. civ. Praxis Bd. 69 S. 283, Regelsberger Bd. 1 § 26.

2) Vgl. z. B. die Erwähnung der Hexerei in l. un. C. de thesauris 10, 15.

3) Man drückt dies nicht selten so aus: cessante ratione legis non cessat lex

2. In der Regel verlieren die Gesetze ihre Kraft nur durch *widersprechende jüngere Gesetze*. Dies soll der Satz ausdrücken: lex posterior derogat priori.[4]

Der Widerspruch kann entweder im jüngeren Gesetze *speciell erklärt* sein oder sich mittelbar aus dessen materiellen Bestimmungen ergeben.

a) Das Wünschenswerthe ist, daß das jüngere Gesetz die Gesetze speciell und erschöpfend bezeichnet, welche es außer Kraft setzt. Dies Verfahren ist aber nicht allgemein durchführbar. Oft wirkt ein neues Gesetz der Art auf den bisherigen Rechtszustand ein, daß kaum übersehbar ist, wohin es seine Wirkung erstreckt, oft modificirt es bloß die alten Gesetze, ohne sie völlig außer Kraft zu setzen. In solchen Fällen überläßt es der Gesetzgeber der Jurisprudenz und der Praxis, festzustellen, wie weit die Aufhebung reicht.

b) Soweit es an einer speciellen Bezeichnung der aufgehobenen älteren Gesetze fehlt, muß die Aufhebung aus dem Inhalt des neuen Gesetzes demonstrirbar sein. Und zwar muß der Widerspruch mit dem älteren Gesetze unzweideutig erhellen. Denn *das ältere Gesetz erhält sich, soweit es mit dem jüngeren vereinbar ist.*[5] Es hat für sich, daß es in Kraft gesetzt ist, und wirkt daher so lange weiter, als das Außerkraftsetzen nicht klar ersichtlich ist. Es genügt namentlich nicht, daß sich das neue Gesetz auf denselben Gegenstand — „dieselbe Materie" — bezieht, wie das alte, um dasselbe außer Kraft zu setzen.

Insbesondere erhalten sich die neben einer Regel stehenden *Sonderrechte* im Fall gesetzlicher *Aenderung der Regel*.[6]

Man drückt diese Grundsätze durch den Spruch aus: correctoriae leges sunt stricte interpretandae.[7]

Einen Gegensatz zu den korrektorischen Gesetzen bilden die s. g.

---

ipsa. Wer aber unter ratio legis den *Grundgedanken* des Gesetzes versteht, sagt umgekehrt: cessante ratione legis cessat lex.

4) Vgl. l. 4 D. de const. princ. 1, 4.

5) l. 28 D. de leg. 1, 3. Vgl. Einf.Ges. z. B.G.B. Art. 32.

6) Bei Veränderungen der Gebietshoheit bedarf es eines besonderen gesetzgeberischen Aktes, um das bisher geltende Privatrecht außer Kraft zu setzen. Dasselbe behält also unveränderte Geltung, solange ein solcher Akt nicht erfolgt. Auch bei rechtsgeschäftlichen Verfügungen ist im Zweifel davon auszugehen, daß das Gebiet, auf welches sie sich erstrecken, durch eine Veränderung der politischen Grenzen nicht betroffen ward. R.G. Bd. 42 S. 304.

7) Wird ein Gesetz bloß als ein temporäres erlassen, so tritt nach Eintritt des Endtermines in der Regel das früher in Geltung stehende Gesetz wieder in Kraft. Wird dagegen ein Gesetz ohne Zeitbeschränkung in Kraft gesetzt und später aufgehoben, so erhält nicht etwa das früher in Geltung stehende Gesetz wieder Wirksamkeit. Vielmehr fehlt es dann an einer besonderen Rechtsnorm über den Gegenstand. Er regelt sich daher nach allgemeinen Grundsätzen.

Kodifikationen. Sie schreiben die Aufhebung aller Gesetze vor, welche in die von ihnen geordneten *Materien* einschlagen.[8]

Jüngere Landesgesetze heben nach der Verfassung des neuen deutschen Reiches *Reichsgesetze nicht* auf.[9]

Drittes Kapitel.

Arten der Rechtsnormen.

§ 31. Zwingende Gesetze.

Die Gesetze sind theils *zwingende*, theils *nichtzwingende*. Auch hier nehmen wir den Ausdruck Gesetz für jede Rechtsnorm.

Zwingende Gesetze — jus publicum — regeln die ihnen unterstehenden Verhältnisse der Art, *daß sie abweichenden Festsetzungen der Betheiligten keinen Raum lassen.*[1] Den Betheiligten mag es freistehen, ob sie in das Rechtsverhältniß eintreten, thun sie dies aber, so unterliegen sie dem zwingenden Gesetze unabweislich. Zwingend sind vor allem Gesetze, welche aus der Eigenart eines Rechtsinstitutes nothwendig folgen, z. B. die Pflicht des Zusammen-

8) Vgl. oben § 6 Anm. 2. Wichtige Beispiele sind folgende: Die „prozeßrechtlichen" Vorschriften der Landesgesetze hob auf § 14 des Einführungsgesetzes zur C.P.O. Dabei bleibt vielfach der Zweifel, ob eine Norm eine „prozeßrechtliche" oder eine „materiellrechtliche" ist. Das Einführungsgesetz zum Reichsstrafgesetzbuch vom 31. Mai 1870 § 2 setzt außer Kraft das Reichs- und Landesstrafrecht, „insoweit dasselbe Materien betrifft, welche Gegenstand dieses Strafgesetzbuches sind". Das Einf.Ges. zum B.G.B. Art. 55 sieht vor: Die *privatrechtlichen* Vorschriften der Landesgesetze treten außer Kraft, soweit nicht in dem Bürgerlichen Gesetzbuch oder diesem Gesetz etwas Anderes bestimmt ist.

9) Reichsgesetze heben nicht bloß widersprechende Landesgesetze auf, sondern auch solche Landesgesetze, welche sich mit dem Reichsgesetz decken, R.G. Bd. 19 S. 180.

1) l. 38 D. de pactis 2, 14, Papinianus libro 2 quaestionum: Jus publicum privatorum pactis mutari non potest. Bülow, dispositives Civilprozeßrecht im Archiv für civ. Praxis Bd. 64 S. 69 behauptet, dieser Satz Papinians beziehe sich nicht auf eine bestimmte *Art* der Gesetze, er solle die Majestät *jeder* Gesetzesnorm gegenüber dem Privatwillen wahren. — Richtig ist, daß der Wille der Einzelnen nicht weiter Wirkung hat, als dies das Gesetz gestattet, daß von einer „Aenderung des *Rechtes als solchen* durch den Parteiwillen" nicht die Rede sein kann. Dies sind aber Wahrheiten, welche die römischen Juristen voraussetzen und mit denen sie sich nicht beschäftigen. Ihnen handelt es sich um die konkrete Frage, inwieweit man sich den Vorschriften eines einzelnen Gesetzes durch Privatvereinbarungen entziehen kann, und hiernach theilen sie die Rechtsnormen ein. Daher sagt Papinian libro 14 quaestionum, l. 3 D. qui test. facere possunt 28, 1: Testamenti factio non privati sed publici juris est. womit er die Vorschriften über Testamentsfähigkeit als einer besonderen Art von Rechtsnormen — den zwingenden — zugehörig bezeichnet Vgl. l. 1 § 10 D. de o. n. n. 39, 1. l. 45 § 1 D. de R. J. 50, 17. l. 27 D. eod.

lebens der Ehegatten, oder das Recht des Pfandgläubigers zum Verkauf der Pfandsache.[2] Häufig erhält ferner eine Rechtsnorm den zwingenden Charakter aus Rücksichten des allgemeinen Wohles und aus rechtspolizeilichen Gründen. Es ist namentlich rechtlich unzulässig, was gegen die guten Sitten verstößt.[3]

Die zwingenden Gesetze sind entweder *Gebots-* oder *Verbotsgesetze*, je nachdem sie ein Gebot oder ein Verbot aussprechen.

Die Folgen, welche sich an die Uebertretung eines Verbotes knüpfen, können verschieden bestimmt sein.[4] Im Anschluß an eine Aeußerung Ulpians[5] pflegt man in folgender Weise zu unterscheiden:

a) Die leges perfectae erklären die Uebertretung des Gesetzes für *nichtig*, beziehungsweise ungültig. Es ist z. B. nichtig das Versprechen immerwährender Eheloſigkeit. Mit der Nichtigkeit kann sich Strafe verbinden. Es sind z. B. wucherische Geschäfte, welche gegen das Gesetz vom 24. Mai 1880 verstoßen, nichtig und strafbar.

b) Die leges minus quam perfectae bedrohen eine Handlung mit *Strafe, ohne sie für nichtig zu erklären*. Beispielsweise war nach römischem Rechte die Ehe, welche eine Wittwe im Trauerjahre schloß, zwar nicht nichtig, hatte aber die Strafe der Infamie für die Betheiligten und andere Strafen im Gefolge.[6]

c) Die leges imperfectae drohen weder Nichtigkeit noch Strafe an, suchen aber die verbotene Handlung *auf andere Weise zu verhindern*.[7]

Die l. 5 C. de legibus 1, 14 von Theodosius und Valentinian erklärt, daß gesetzliche Verbote die Androhung der Nichtigkeit der Zuwiderhandlung in sich schließen.[8] Es ist dies eine *Auslegungsregel* für *römische* Verbotsgesetze, sie galt daher im justinianischen Rechte nur, wenn das Gesetz selbst nichts anderes ver-

2) l. 4 D. de pigneraticia actione 13, 7. B.G.B. § 1228.

3) l. 26 D. de verb. obl. 45, 1: Ulpianus libro 42 ad Sabinum. Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti.

4) Fr. Endemann, civilrechtl. Wirkung d. Verbotsgesetze 1887.

5) Ulpian fragm. tit. 1 § 2: Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri et si factum sit non rescindit, sed poenam injungit ei qui contra legem fecit. Die Stelle ist verstümmelt. Ob sie wirklich von leges perfectae und imperfectae sprach, ist bestritten.

6) l. 8 ff. D. de his, qui not. 3, 2, l. 1 ff. C. de secundis nuptiis 5, 9.

7) Das klassische Beispiel des römischen Rechtes war die lex Cincia, welche größere Schenkungen verbot, aber weder für nichtig noch für strafbar erklärte. Der Magistrat gab keine Klage, so lange die Schenkung nicht rechtlich und thatsächlich vollendet war.

8) Das im Jahre 213 erlassene Reskript von Antoninus l. 6 C. de pactis 2, 3 bestimmt ähnlich: pacta, quae contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati juris est. Dasselbe hatte aber eine beschränkte Bedeutung und erklärt sich aus l. 7 § 7 D. de pactis 2, 14.

fügte. Auf Verbotsgesetze der neueren Zeit kann die römische Auslegungsregel nicht angewendet werden. Vielmehr ist aus Wort und Sinn der Gesetze zu entnehmen, welche Folgen sich an die Zuwiderhandlung knüpfen sollten.[9]

Das Verbot trifft nicht bloß, was der Verfügung des Gesetzes unmittelbar widerstreitet, sondern auch was in fraudem legis geschieht, d. h. das *Verbotene auf Umwegen* erstrebt,[10] die das Gesetz nicht unmittelbar vorgesehen hat. Denn das Verbotsgesetz will in der Regel nicht bloß *einen bestimmten* Weg zu einem Ziele ungangbar machen, sondern einen materiellen, insbesondere wirthschaftlichen *Erfolg* verhindern.[11] Verbietet es z. B., gewissen Personen etwas letztwillig zuzuwenden, so soll ihnen auch nichts durch Vorschiebung dritter zugewendet werden.[12]

Immerhin ist nicht *jeder verwandte Erfolg* verboten. Beispielsweise verbot Kaiser Constantin die lex commissoria pignorum d. h. eine Klausel, wonach die Pfandsache dem Pfandgläubiger bei nichtrechtzeitiger Zahlung der versicherten Forderung anstatt derselben verfallen sein soll. Ein bedingter Verkauf der Pfandsache an den Pfandgläubiger zum Schätzungswerth für den Fall des Ausbleibens der Zahlung wurde hierdurch nicht betroffen.[13][14]

---

9) Das R.G. Bd. 5 S. 124 hat dagegen die römischen Gesetze zur Auslegung eines für Hannover erlassenen *preußischen Gesetzes* über Verbot des Spielens in auswärtigen Lotterien benutzt. Hiernach wurden die Geschäfte über solche Loose nicht bloß für strafbar, sondern auch für nichtig erklärt. Vgl. auch R.G. Bd. 18 S. 243. Nach B.G.B. § 134 ist ein gegen gesetzliches Verbot verstoßendes Geschäft nichtig, „wenn sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergiebt".

10) l. 29 D. de leg. 1, 3: Paulus libro singulari ad legem Cinciam. Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit. L. 30 D. eod. l. 7 § 7 D. de pactis 2, 14. In älteren römischen Gesetzen wurde ausdrücklich rescindirt quae in fraudem facta sunt, vgl. bezüglich der lex Fufia Caninia Gaj. Inst. I § 46.

11) Sehr gut Kohler, Studien über Mentalreservation in Iherings Jahrb. Bd. 16 S. 144. Vgl. Hellwig im Archiv für civ. Praxis Bd. 64 S. 369 ff., Bähr, Urtheile des Reichsgerichts S. 52 ff. Barthelmes, das Handeln in fraudem legis, Göttinger Inauguraldiss. Berlin 1889. G. A. Leist, die Sicherung von Forderungen, Jena 1889 S. 88 ff. Ivo Pfaff, z. L. v. d. s. g. in fraudem legis agere 1892 und dort S. 20 ff. Angef. P. Neff, Beiträge zur Lehre v. d. fraus legi facta, Berl. Inaug.-Diss. 1895. Linckelmann, die Sicherheitsübereignungen im Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 7 S. 209 mit Nachwort von Kohler.

12) Vgl. l. 3 § 3 D. de S. C. Mac. 14, 6 und l. 64 § 1 D. de cond. 35, 1: Terentius Clemens libro 5 ad legem Juliam et Papiam. Quod si ita scriptum esset, „si Ariciae non nubserit" interesse, an fraus legi facta esset, nam si ea esset, quae aliubi nuptias non facile possit invenire, interpretandum ipso jure rescindi, quod fraudandae legis gratia esset adscriptum.

13) l. 3 C. de pactis pignorum 8, 34.

14) l. 16 § 9 D. de pignoribus 20, 1. Wir folgen den Quellen, indem wir nur von dem gewöhnlichsten Fall, nämlich der Umgehung eines *Verbotsgesetzes* sprechen. Die Umgehung eines gebietenden Gesetzes ist entsprechend zu behandeln.

§ 32. Nichtzwingende Gesetze.[1]

Zahlreiche Gesetze regeln die ihnen unterstehenden Verhältnisse nicht zwingend, lassen vielmehr *abweichender Ordnung durch die Betheiligten Raum*. Nichtzwingende Gesetze sind besonders auf dem Gebiete des Privatrechtes häufig; denn da es sich hier vorzugsweise um Privatinteressen handelt, so ist es natürlich, daß dem Parteibelieben ein weiter Spielraum bleibt. Aber auch das *öffentliche* Recht kennt *nichtzwingende* Normen. Ein großer Theil der Vorschriften des Civilprozesses gehört zu denselben. Selbst im Staatsrecht kommen sie vor, z. B. wenn eine Städteordnung Vorschriften giebt, die durch Gemeindestatut abgeändert werden können.

Man nennt herkömmlicherweise die Gesetze dieser Klasse *Dispositivgesetze*, weil sie „simpliciter disponunt, non prohibent". Treffend ist diese Benennung nicht, denn alle Gesetze verfügen, auch die gebietenden. Richtiger ist es, einfach von nichtzwingenden Gesetzen zu sprechen. Damit wird das Charakteristische solcher Gesetze, nämlich die Negation des Zwanges, hervorgehoben.

Die Neueren haben sehr verschiedene Benennungen gewählt. Man spricht von „ergänzenden", von „vermittelnden" Gesetzen, von „nachgiebigem" oder „auslegendem" Recht. Keiner dieser Ausdrücke hat allgemeine Anerkennung gefunden.[2]

Die Meisten betrachten die nichtzwingenden Gesetze als den Niederschlag der üblichen vertragsmäßigen Festsetzungen, als Auslegungen des unvollständig gebliebenen Willens der Parteien. Die Normen ergänzen bloß, sagt man, das, was der Privatwille unbestimmt gelassen hat, so daß sie als der Ausdruck des nur theilweise ausdrücklich ausgesprochenen Willens derselben gelten.[3] Dieser Auffassung sind andere entgegengetreten: das Gesetz bestehe nicht durch den Willen der Betheiligten, es habe seinen Grund in sich.[4]

---

1) Bülow, dispositives Civilprozeßrecht im Archiv für civ. Pr. Bd. 64 S. 1 ff. Thudichum in Iherings Jahrb. Bd. 23 n. 5.

2) Savigny Bd. 1 S. 57 schlug den Namen „vermittelnde", Wächter, Württemb. P.R. Bd. 2 S. 6 „ergänzende", Thöl, Einleitung in das Deutsche P.R. S. 120 „privatrechtlich, abänderlich, nachgebend" vor. Windscheid § 30 spricht von „nachgiebigem Recht". Regelsberger Bd. 1 § 32 unterscheidet „ermächtigendes, ergänzendes und zwingendes Recht".

3) Dies war bis in die neueste Zeit herrschende Ansicht, vgl. Savigny Bd. 1 S. 57, Wächter, Württemb. P.R. Bd. 2 S. 6, Keller, Pand. § 10, Goldschmidt, Handelsrecht S. 332.

4) Am schärfsten äußert sich Bülow a. a. O. S. 83: „Der Kultus der individuellen Willensmacht wird meistens so weit getrieben, daß sich das ergänzende objektive Recht seine Legitimation von der subjektiven Willensmacht erbitten muß, nur von der Gnade des allmächtigen Individualwillens sein Leben fristet."

Das Richtige ist, zwei Arten nichtzwingender Gesetze zu unterscheiden:

a) Nicht selten handelt es sich in der That bloß um die Auslegung des Privatwillens. So beispielsweise bezüglich der Frage, was als „Zubehör" einer Sache gilt und der Regel nach mit ihr verkauft ist. Die Jurisprudenz hat in dieser Hinsicht aus dem regelmäßigen Verlauf im Verkehr und dem durchschnittlichen Willen der Betheiligten Schlüsse gezogen, welche zu gesetzlichen Auslegungsregeln wurden.

b) Zahlreiche Dispositivgesetze gründen sich aber nicht in dem vermutheten Willen der Betheiligten. Diese Gesetze bestimmen vielmehr, was der Gesetzgeber für das dem Verhältniß Entsprechende und dem öffentlichen Nutzen Förderliche hält; sie erachten es aber nicht für geboten, einer abweichenden Regelung durch die Betheiligten entgegenzutreten.

Beispielsweise hat der Erbe nach der lex Falcidia das Recht, zu fordern, daß ihm der vierte Theil seiner Erbportion frei von Vermächtnissen verbleibe, weshalb sich die Vermächtnisse, welche diese Quart überschweren, von Rechtswegen mindern. Nach justinianischem Rechte kann jedoch der Erblasser das Recht der Erben auf eine Quart letztwillig ausschließen: die lex Falcidia hat hiernach im justinianischen Rechte keinen zwingenden Charakter mehr. Der Gesetzgeber erachtet den Zweck dadurch als genugsam gewahrt, daß der Quartabzug die Regel ist. Auf dem Willen des Erblassers beruht aber das Recht der Quart weder nach dem historischen Verlauf noch nach einer richtigen dogmatischen Auffassung.

§ 33. Singuläres Recht. Historische Anomalien.

Das Recht ist theils *gemeines* — jus commune[1] — theils *besonderes* — jus singulare.

1. Gemeines Recht sind die dem Rechtssystem zu Grunde liegenden Normen. Sie bilden die *Regel* des Rechtes, welche zur Geltung kommt, soweit sie nicht durch besondere Rechtsnormen beschränkt wird. Gemeines Recht wird hier begreiflich in anderem Sinne genommen, als bei der Eintheilung des Rechtes in gemeines und partikulares.[2]

2. *Ausnahmen* durchbrechen nicht selten die Rechtsregel. Und zwar sind sie verschiedener Art. Wir haben zu unterscheiden *Sonderrechte* und *Rechtssingularitäten*.

a) *Sonderrechte* schließen für einen Kreis von Fällen die gemeinen Regeln und Grundsätze *aus besonderen Gründen* aus, sei

1) Beispielsweise wird in l. 36 § 4 D. de test. mil. 29, 1 das jus commune der Testamente dem Militärtestamente entgegengestellt.

2) Vgl. oben § 1.

es des Nutzens, sei es der Sittlichkeit, sei es der öffentlichen Wohlfahrt.[3] Nicht selten kommt es vor, daß sich neue Rechtsgedanken zuerst in einzelnen Anwendungen geltend machen und ein älteres Princip durch Ausnahmen durchbrechen, bis schließlich, was Ausnahme war, zur Regel wird. Beispielsweise erkannte man in Rom den unmittelbaren Erwerb des Besitzes durch Stellvertreter ursprünglich nur in besonderen Fällen an, später wurde dessen Zulässigkeit gemeines Recht.

b) Es können sich aber im Rechte auch Rechtssingularitäten, also wahre Anomalien finden;[4] und zwar vor allem aus historischen Gründen.

Das Recht entwickelt sich in langem geschichtlichen Werden an einzelnen Fällen aus besonderen Veranlassungen, nach dem Bedürfniß und der Noth des Augenblickes. Zwar liegt im menschlichen Geiste das Bestreben, dies alles zur Einheit zu gestalten. Doch erst auf höheren Stufen der Rechtswissenschaft erhält dies Streben die bewußte Herrschaft. Dann erdenkt man ein System und klassificirt die Rechtssätze nach ihrem Grunde, ihrer ratio. Daneben aber bleibt ein Bestand von Rechtssätzen zurück, welche den Vorstellungen der Vergangenheit angehören oder die, durch andere Zufälligkeiten gebildet, mit dem System nicht stimmen. Sie bilden anomales Recht, denn ihnen fehlt ein rationeller Grund. Non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest.[5] Doch bedenklich wäre es, sie um deswillen in Frage zu stellen: alioquin multa ex his, quae certa sunt subvertuntur.[6] Sie erhalten sich also als Rudimente der Vergangenheit. Aber sie wachsen nicht mehr. Sie bleiben eingeschränkt auf ihren einmal gegebenen Boden, bis sie schließlich absterben.

Die rechtliche Behandlung beider Arten des Ausnahmerechtes ist eine verschiedene. Rechtssingularitäten lassen eine Ausdehnung oder gar analoge Anwendung nicht zu: quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.[7] Auf Sonderrechte, die

3) Ein Sonderrecht dieser Art für Soldaten ist das Militärtestament. Sonderrechte dieser Klasse sind die Vorrechte gewisser Konkursgläubiger im Konkurs, R.K.O. § 61.

4) Diesen Fall hat einseitig im Auge Paulus libro singulari de jure singulari. l. 16 D. de leg. 1, 3: jus singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est. Daß Paulus, geistreich und zuweilen paradox, oft nur eine Seite beachtet und betont, ergeben die Zusammenstellungen bei Jhering, Besitzwille S. 269 ff. Vgl. über jus sing. Scharlach im Archiv für civ. Praxis Bd. 62 S. 435 ff., Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrthum das. Bd. 66 S. 348 ff., Eisele in Jherings Jahrb. Bd. 23 S. 119, Regelsberger, Streifzüge im Gebiete des Civilrechts 1892 I.

5) L. 20 D. de leg. 1, 3 Julianus libro 55 Digestorum. — Hierher kann man die altrömische usucapio pro herede rechnen, Gaj. Inst. II §§ 54 ff.

6) L. 21 D. de leg. 1, 3. Neratius libro 6 membranarum.

ihren besonderen rationellen Grund haben, ist dies nicht, wie oft geschieht, zu beziehen. Die in diesen liegenden Gedanken sind vielmehr voll und ganz durchzuführen. So verfuhren auch die Römer durchweg. Sie haben beispielsweise das Sonderrecht des S. C. Vellejanum, wonach Frauen für Schulden Dritter nicht eintreten sollen, nach seiner besonderen ratio weit über dessen Worte hinausgehend, ausgebildet. [8]

Viertes Kapitel.

Interpretation und Fortbildung der Rechtsnormen.

§ 34. Die Grundsätze der Interpretation.[1]

Interpretation — Auslegung — der Gesetze ist die Ermittelung und Feststellung ihres Inhaltes.

Die Interpretation geschieht entweder mittels Nachdenkens in freier Weise; dies ist die doktrinelle Interpretation, oder durch eine Rechtsquelle mit zwingender Kraft; dies ist die authentische Interpretation. Die doktrinelle Interpretation beruht auf der Ueberzeugungskraft ihrer Gründe, die authentische herrscht durch ihre Autorität.

Die doktrinelle Interpretation ist Aufgabe der Rechtspraxis und der Wissenschaft. Die Praxis geht meist von einem besonderen Falle aus und untersucht, wie sich der Inhalt eines Gesetzes zu diesem Falle verhält. Die Wissenschaft gründet sich mehr in allgemeinen Anschauungen und sucht durch die Erläuterung des Gesetzes der Praxis vorzuarbeiten. Ziel und Methode müssen für Wissenschaft und Praxis dieselben sein.

Es giebt zwei Interpretationsmethoden, von denen nach den verschiedenen Zeiten und bei verschiedenen Völkern bald die eine, bald die

7) L. 14 D. de leg. 1. 3. Paulus libro 55 ad edictum. l. 23 § 3 D. de fideic. libert. 40, 5 sind nicht durchschlagend. Vgl. die Inauguraldiss. von Graßhoff, Begriff und prakt. Bedeutung des j. singulare, Göttingen 1890; siehe noch oben § 27 Anm. 4.

8) Dasselbe Ergebniß bei Windscheid Bd. 1 § 29 Anm. 3 und Regelsberger, Streifzüge S. 9.

1) Thibaut, Theorie der logischen Auslegung 1806, Hufeland, über den Geist des röm. Rechts 1815 Theil 1 n. II S. 1 ff., Kierulff S. 18 ff., Savigny Bd. 1 S. 206, G. H. Meyer in Gruchots Beiträgen Bd. 23 S. 1 ff. Kohler in Grünhuts Zeitschrift Bd. 13 n. 1. B.G.B. enthält über Auslegung der Gesetze keine allgemeinen Vorschriften. Die gemeinrechtlichen Grundsätze sind unberührt, sie haben öffentlichrechtliche Natur.

andere überwiegt. Die eine macht zur einzigen Grundlage das Wort; sie ist die des strengen Rechtes — des jus strictum. Die andere strebt mit aller Kraft nach Ermittelung des Sinnes des Gesetzes; sie gehört der Zeit billiger Behandlung des Rechtes — der aequitas — an.

a) Das ältere römische Recht nahm den Standpunkt der Wortinterpretation ein. Man suchte den Inhalt des Gesetzes ausschließlich aus dessen einzelnen Worten zu entnehmen. Man hatte weder Fähigkeit noch Neigung tiefer einzudringen. Es fehlte die geistige Freiheit, um derartiges zu versuchen. Man hätte aber auch gefürchtet, durch Verlassen des festen Bodens der Worte das jus certum zu gefährden, welches man unter schweren Kämpfen durch die Zwölftafelgesetzgebung errungen hatte.[2]

b) Seit der römischen Kaiserzeit überwiegt die Auslegung nach dem Sinn der Gesetze. Celsus spricht dies grundsätzlich in der l. 17 D. de legibus 1, 3 aus: scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.[3]

Allerdings fragt man, woher anders ist der Gedanke des Gesetzes zu entnehmen, als aus den Worten, in denen er formulirt und verkündet ist. Bildet Sinn und Wort nicht eine Einheit wie Geist und Körper? — Hierauf ist zu antworten: Der Gedanke des Gesetzes muß in der Gesetzesurkunde ausgedrückt sein. Aus dieser muß er zu uns sprechen. Aber er muß sich nicht unmittelbar aus deren Worten ergeben. Häufig erweckt der Gesetzestext in uns Vorstellungen, die in den einzelnen Worten des Gesetzes nicht ausgedrückt sind, und die wir doch mit Bestimmtheit als dem Gesetze angehörig erkennen.

Die Interpretation hat also nicht bloß das direkt im Gesetze Ausgesprochene als maßgebend anzusehen, sondern ebensosehr das indirekt in dem Gesetze Ausgedrückte. Man kann dies als den „latenten Inhalt" des Gesetzes bezeichnen.

§ 35. Grammatische und logische Interpretation. Extensive und restriktive Interpretation.

Der Interpret hat alle sich darbietenden Mittel zu verwerthen, um den im Gesetze liegenden Sinn festzustellen.

2) Vgl. über die Wortinterpretation der Epoche des römischen jus strictum Ihering, Geist des römischen Rechtes Bd. 2 S. 441 ff. — Daß die Wortinterpretation der alten Römer vielfach eine tendenziöse war, d. h. daß man für das, was man für Recht hielt, nur die Deckung im Wort suchte und nicht weniger in dasselbe legte, als aus demselben nahm, führt Ihering in belehrender Weise aus.

3) Das Princip der neuen Interpretationsmethode formuliren die l. 17, l. 18 und l. 19 D. de leg. 1, 3, alle drei aus den Digesten von Celsus. Auf demselben Boden steht die l. 24 D. eod. von Celsus, siehe unten § 35 Anm. 4.

Zuvörderst ist natürlich der Text des Gesetzes festzustellen.[1] Dies ist aber vielmehr die Basis, nicht ein Bestandtheil der Interpretation.

Der Interpret hat zu berücksichtigen, daß, wie jedes Schriftwerk, so auch jedes Gesetz seinen besonderen Stil hat. Vorbedingung der Interpretation ist also Vertrautheit mit diesem Stil. Es ist zu beachten, in welcher Weise der Verfasser des Gesetzes das Wort handhabt, ob er der Rede Meister ist, oder ob er seine Gedanken nur unvollkommen und inkorrekt auszudrücken vermag, ob er abstrakt denkt und spricht oder konkret und anschaulich, ob er sich leicht in Nebendingen verliert oder die Hauptsache unmittelbar packt.

Man unterscheidet die grammatische und die logische Interpretation. Die grammatische giebt das aus den Einzelworten, die logische das aus dem Zusammenhange des Gesetzes geschöpfte Interpretationsmaterial.[2]

1. Vom Worte aus muß alle Interpretation aufsteigen. Vor allem ist das Verständniß der technischen juristischen Ausdrücke wichtig, welche der Gesetzgeber verwerthet. In diesen Ausdrücken, z. B. Testament, Vergleich, Alimente, ist ein reicher Gedankeninhalt in knappster Form zusammengefaßt.[3] Dem besonderen Sprachgebrauche des Gesetzes ist besondere Beachtung zu widmen. Frühere, spätere oder gleichzeitige Gesetze, die juristische Litteratur der Entstehungszeit können ferner Material liefern. Die Aufgabe der grammatischen Interpretation ist also keine bloß mechanische, keine untergeordnete; sie erfordert umfassende Rechtskenntniß und hohe geistige Kraft.

2. Das weitere Interpretationsmaterial liefert die logische Interpretation, indem sie den Zusammenhang des Gesetzes in sich und mit den zur Zeit seines Erlasses bestehenden Verhältnissen verfolgt.

Die logische Interpretation setzt voraus, daß das Gesetz ein ein-

---

1) Die Textkritik ist vorzugsweise wichtig bei Quellen, die, wie das corpus juris civilis, nicht in einer von der Staatsgewalt authentisch festgestellten Form überliefert sind. Aber auch bei neueren Gesetzen, die in den Gesetzsammlungen authentisch publicirt werden, ist die Textkritik nicht zu entbehren. Ein Komma an dieser oder jener Stelle kann einen anderen Sinn geben. Ein Schreibfehler oder Druckfehler mag den Sinn eines Satzes ändern. Vgl. Binding, Strafr. 1 S. 459.

2) Savigny Bd. 1 S. 214 verwirft die herkömmliche Eintheilung der Interpretation in grammatische und in logische. Er unterscheidet statt dessen vier Elemente, ein grammatisches, logisches, historisches und systematisches. Es besteht aber ein wesentlicher Gegensatz zwischen der Auslegung unmittelbar aus dem Worte und der Auslegung nach dem Sinne des Gesetzes. Ihn markirt die herkömmliche Eintheilung scharf, wenn auch der Ausdruck logische Interpretation nicht vollständig zutrifft.

3) Meyer a. a. O. S. 13.

heitliches Ganze bildet, und interpretirt das Einzelne nach dessen Grundgedanken.[4]

Sie vergegenwärtigt sich ferner die Verhältnisse, in welche das Gesetz eintrat, und für welche es bestimmt war. Sie hat die Veranlassung — occasio legis — in Betracht zu ziehen, darf aber nicht übersehen, daß dieselbe nur den Anstoß zum Gesetze bildet, und daß das Gesetz unter dem Zusammenwirken anderer, vielleicht nicht ausgesprochener Momente oft eine andere Tragweite erhält, als sich durch die ausgesprochene Veranlassung erklären würde.[5] Motive, die den Gesetzen angefügt oder beigegeben sind, können zur Erläuterung dienen, sie führen aber auch leicht in die Irre, da sie nicht selten einseitig und lückenhaft sind.[6] — Besonders wichtig ist die Vergegenwärtigung des Rechtes vor Erlaß des Gesetzes. Denn jedes neue Gesetz steht unter dem Eindruck des Rechtszustandes, in welchen es eingreift, mag es denselben nun bestätigen, weiterbilden oder ihm entgegentreten. Der wirthschaftliche und soziale Zustand, in welchem das Gesetz wurzelt, ist nicht weniger von Bedeutung. Desgleichen sind die Ziele zu beachten, denen das Gesetz erkennbar dienen sollte.[7] Unter Umständen werfen spätere Gesetze ein Licht auf frühere.

---

4) Daher sagt Celsus libro 9 Digestorum l. 24 D. de leg. 1, 3: Incivile est, nisi tota lege perspecta una aliqua particula ejus proposita judicare vel respondere.

5) Die Veranlassung des s. g. Socialistengesetzes vom 21. Oktober 1878 war der Mordversuch gegen Kaiser Wilhelm I. Aber das Gesetz bezweckte nicht bloß, Aufreizung zum Morde zu unterdrücken. Seine Absicht war, den gemeingefährlichen Bestrebungen der Socialdemokratie überhaupt gewisse Schranken zu ziehen. Vgl. l. 1 § 5 D. de postulando 3, 1 sowie l. 1 pr. D. de S. C. Macedoniano 14, 6.

6) Dies gilt namentlich für die Begründungen, welche heutzutage den Entwürfen zu Gesetzen bei ihrer Einbringung in die Parlamente beigegeben werden. Sie sind ungleich gearbeitet; oft werden sie unzutreffend durch Veränderungen, die bei der Berathung des Gesetzes im Reichstage oder Landtage vorgenommen wurden. Noch mehr Vorsicht ist vonnöthen gegenüber den Aeußerungen der Mitglieder der Parlamente und der Regierungskommissare bei der Berathung in den Kommissionen und Häusern der gesetzgebenden Versammlungen, denn sie sollen keineswegs immer objektiv der Klarstellung des Inhaltes des Gesetzentwurfes dienen, sie verfolgen unter Umständen den unmittelbaren praktischen Zweck, das Gesetz zur Annahme oder zu Falle zu bringen, und enthalten einseitige Darstellungen mit Rücksicht auf die Lage der Verhandlungen. — Ein Rechtssatz, welcher im Gesetze selbst nicht enthalten ist, kann nie aus den Motiven der Gesetzentwürfe oder derartigen Verhandlungen hergeleitet werden. Namentlich ergiebt sich aus der Ablehnung eines Antrages auf Aufnahme eines Rechtssatzes in das Gesetz nicht, daß der entgegengesetzte Satz nunmehr Rechtens ist, sondern nur, daß der Rechtssatz im Gesetze nicht festgestellt ist. Er kann nichtsdestoweniger aus anderen Gründen Geltung haben. Vgl. Meyer in Gruchots Beitr. Bd. 23 S. 1, Deutschmann das. Bd. 24 S. 805. Für die Praxis des R.G. vgl. Register zu den Entsch. über Bd. 1—10 S. 16, und die folgenden Registerbände bis Bd. 40. — Vermittelnd: Regelsberger Bd. 1 § 36 Anm. 22.

7) Eine Anwendung macht l. 6 C. de legibus 1, 14. Quod favore quorundam constitutum est, quibusdam casibus ad laesionem eorum nolumus inven-

Nicht richtig ist die Behauptung, daß man zur logischen Interpretation nur greifen dürfe, wenn die grammatische Interpretation Zweifel lasse. Jedes Interpretationsmittel ist vielmehr, soweit es die Sachlage fordert, zu verwerthen. Auch wenn die Worte unzweideutig sind, ergiebt nicht selten der Gesammthabitus des Gesetzes, daß dessen Sinn ein anderer ist, als es nach den Worten scheint.[8]

Widerspruch zwischen dem so erkannten Inhalt und dem Worte führt zu einer Korrektur des Wortes im Geiste des Interpreten. Dieselbe besteht vorzugsweise in Restriktion oder in Extension.[9]

a) Die restriktive Interpretation beschränkt. Sie schließt Dinge aus, welche das Gesetz nach seinem Wort zu erfassen scheint.

b) Die extensive Interpretation erweitert. Sie unterstellt dem Gesetz Dinge, welche der Wortsinn nicht zu erfassen scheint.[10]

Die Interpretation hat die Aufgabe, die Folgesätze aus den im Gesetz niedergelegten Gedanken zu ziehen, auch wenn sie der Gesetzgeber selbst beim Erlaß des Gesetzes nicht durchgedacht haben sollte.

Der Gedanke, welcher aus dem Gesetze spricht, ist entscheidend, nicht der, welchen der Gesetzgeber oder gar ein bloßer Redaktor des Gesetzes außerhalb des Gesetzes ausspricht.[11]

---

tum videri. So auch l. 25 D. de leg. 1, 3. Ein Beispiel giebt l. 8 § 6 D. de transactionibus 2, 15.

8) Vgl. l. 13 § 2 D. de excusationibus 27, 1.

9) Beispiele sowohl von extensiver wie von restriktiver Interpretation finden sich in der l. 2 §§ 23 ff. D. ad S. C. Tertullianum 38, 17; dort beschäftigt sich Ulpian mit der Auslegung der Gesetzesbestimmung, wonach die Mutter, welche ihren unmündigen, vaterlosen Kindern Tutoren nicht erbittet, ihr Inteſtaterbrecht gegenüber diesen Kindern verliert.

10) Die extensive Interpretation zeigt, daß die Anwendung des argumentum a contrario im gegebenen Falle unstatthaft ist. Mittels des arg. a contrario macht man den Schluß, daß eine Gesetzesfolge ausgeschlossen ist, wenn ein Moment fehlt, an welches das Gesetz die Folge knüpft. Wird z. B. das furtum bestimmt als contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia, so ergiebt es sich argumento a contrario, daß dolose Wegnahme von Mobilien zu anderen Zwecken z. B. behufs der Selbsthülfe nicht furtum ist. Mit Hülfe des arg. a contrario macht Ulpian libro 35 ad edictum l. 22 D. de legibus 1, 3 den Schluß: Cum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat. Sehr häufig heben aber Gesetze besonders zweifelhafte oder besonders wichtige Punkte hervor, ohne die Absicht zu hegen, Verwandtes auszuschließen. Dann ist das arg. a contrario unzulässig, vielmehr wird eine extensive Interpretation Platz greifen. Natürlich ist die Entscheidung leicht zweifelhaft. Ueber arg. a contrario vgl. Deutschmann in Gruchot's Beitr. Bd. 26 S. 52.

11) Windscheid Bd. 1 § 22 sieht die höchste nnd edelste Aufgabe der Auslegung darin, gegenüber dem ausgedrückten Willen des Gesetzgebers seinen „eigentlichen" zur Geltung zu bringen. Darüber daß diese Fassung unrichtig ist, wenn sie auch einen richtigen Kern enthalten sollte, vgl. Kohler a. a. O. S. 18 Anm. 54.

§ 36. Interpretation des corpus juris civilis.[1]

Bei der Interpretation des corpus juris civilis muß uns gegenwärtig bleiben, daß dasselbe ein Mosaik von Bruchstücken litterarischer Produkte und von Gesetzen aus verschiedenen Jahrhunderten und Kulturepochen bildet.[2]

Insbesondere ist Stil und Darstellungsweise der Pandekten-Juristen höchst verschieden, wiewohl gewisse allgemeine Charakterzüge ihnen allen gemeinsam sind.[3] Manche Juristen, wie Alfenus Varus, lieben behagliche Breite, andere, wie Papinian, schreiben gedrungen bis zur Dunkelheit. Manche — wie Labeo,[4] Paulus[5] — werfen gern ein paradoxes Wort hin und fordern hiermit die Aufmerksamkeit und das Nachdenken der Leser heraus. Andere gehen nie aus den Grenzen anmuthiger gefälliger Klarheit heraus, wie sie vor allen dem Gajus eigen war. Einige, wie Ulpian, halten sich an die traditionellen Lehrmeinungen und Sentenzen; andere, wie Celsus, sind reich an selbständigen Gedanken, die zuweilen von dem praktischen Rechte abbiegen.[6]

Wer die Aussprüche der Römer voll verstehen, wer in deren Gedanken tiefer eindringen will, muß sich mit den Eigenthümlichkeiten ihrer juristischen Schriftsteller vertraut machen.[7]

Häufig ist eine zwiefache Interpretation — die duplex inter-

---

1) Vgl. Savigny Bd. 1 S. 281, Lang, Beiträge zur Hermeneutik des römischen Rechtes 1857; siehe auch Thibaut, civilistische Abhandlungen n. 6 „über das Verhältniß der einzelnen Theile des römischen Rechtes".

2) Zur Würdigung des Sprachgebrauches im corpus juris civilis ist von Bedeutung das reichhaltige Werk von Briseonius, de verborum quae ad jus civile pertinent significatione 1. ed. Lugd. 1559, zuletzt und am besten: opera Heineccii Halis 1743. Systematischer angelegt, aber weniger unbefangen und weniger brauchbar ist Dirksen, manuale latinitatis fontium juris civilis 1837. Ein altbewährtes Hülfsmittel ist das Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechtes von Heumann, Jena 1846, 8. Auflage 1895 herausgegeben von Thon; groß angelegt, aber noch in den Anfängen befindlich ist das Vocabularium jurisprudentiae Romanae v. Gradenwitz, Kübler und Schulze, fasc. I 1894, II 1898.

3) Specialuntersuchungen giebt Wilh. Kalb, Roms Juristen nach ihrer Sprache dargestellt 1890, dazu Wölfflin in d. krit. VJSchr. n. F. Bd. 14 S. 162.

4) In der l. 19 D. de serv. 8, 1 äußert Labeo, man könne sich eine Servitut für ein Grundstück vorbehalten „etsi non utilis sit". Er meint damit, obgleich sie dem nichts nützt, „der sie sich vorbehält". Er spricht nicht besonders aus, daß sie jedenfalls dem herrschenden Grundstück von Nutzen sein müßte. Dies erachtet er als selbstverständlich; das soll sein Leser sich selbst dazu denken. — Die Stelle wäre wohl nicht so mißverstanden worden, hätte man die Geisteseigenthümlichkeit Labeos schärfer im Auge behalten.

5) Ueber Paulus vgl. Ihering, Besitzwille S. 269 ff.

6) Vgl. l. 3 pr. D. ne quid in loco publico 43, 8 mit § 5 J. de rer. div. 2, 1.

7) In dieser Hinsicht bietet eine wichtige Unterstützung Lenel, palingenesia juris civilis 2 Bde. 1889 ff., wo sich die Bruchstücke der Werke der klassischen Juristen nach Autoren und Büchern geordnet finden.

pretatio — der Stellen des corpus juris vonnöthen. Wir haben in erster Linie den Sinn zu ermitteln, in welchem ihr Autor, z. B. der Jurist Ulpian, die Stelle niederschrieb. Zu diesem Zwecke müssen wir uns den Zusammenhang des Rechtes zur Zeit der Abfassung des Bruchstückes vergegenwärtigen. Betrachten wir dann dieselbe Stelle im Lichte der justinianischen Sammlung, so ergiebt sich oft, daß sie, obgleich ihre Worte nicht geändert sind, gleichwohl in dem neuen Zusammenhang einen ganz anderen Sinn annehmen mußte.[8] Erst diese duplex interpretatio giebt uns den vollen Einblick in die Stelle und erschließt uns deren historische und praktische Bedeutung in befriedigender Weise.

Die Redaktoren des corpus juris civilis waren durch Justinian zu Weglassungen, Veränderungen und Zusätzen, zu *Interpolationen*, ermächtigt.[9] Solche Interpolationen machen sich meist im Stil bemerkbar. Lassen sie sich nachweisen, so giebt auch dies Fingerzeige für die volle Würdigung der Stelle.[10]

Daß volle Klarheit auf eine Lehre erst durch die Betrachtung *aller* sie behandelnden Stellen fällt, daß einseitiges Herausgreifen einzelner Aeußerungen leicht zu Mißdeutungen führen muß, bedarf kaum der Hervorhebung.[11]

Nicht selten finden sich *Widersprüche* im corpus juris civilis. Diese Widersprüche sind zum Theil beabsichtigte. Sie sind darin begründet, daß Justinian nach dem Jahre 533 korrektorische Gesetze erließ, die in den Kodex aufgenommen oder in den Novellen erhalten sind. Jüngere justinianische Gesetze dieser Art gehen natürlich den früheren vor.

Alle *anderen* Widersprüche sind *nicht* beabsichtigt. Derartige Widersprüche kommen theilweise in einem und demselben Rechtsbuche vor, insbesondere in den Pandekten. Sie finden sich auch zwischen Stellen der verschiedenen Rechtsbücher, z. B. der Institutionen und Pandekten, der Pandekten und des Kodex. Diese drei Gesetzbücher sind,

---

8) Die l. 31 D. de legibus 1, 3 giebt den Ausspruch Ulpians libro 13 ad legem Juliam et Papiam wieder: princeps legibus solutus est. Dies bezog sich im Munde von Ulpian nur auf die lex Julia et Papia Poppaea, von der er eben handelte. In Justinians Gesetz spricht die Stelle den Kaiser von *jedem* Gesetze los.

9) So namentlich bezüglich der Pandekten durch const. Deo auctore § 7, vgl. const. Tanta § 10, bezüglich des codex vgl. die const. Cordi nobis § 3.

10) Vgl. Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten 1887, dazu Lenel in der Zeitschrift d. Savignystiftung Bd. 9 rom. Abth. S. 177. — Eisele in derselben Zeitschrift Bd. 7 S. 18, Bd. 10 S. 286, Bd. 11 S. 1, Bd. 13 S. 118.

11) Vgl. oben § 31 Anm. 1. Dort ergab sich das Verständniß der l. 38 D. de pactis 2, 14 aus l. 3 D. qui test. 28, 1.

wie früher ausgeführt wurde[12], als ein Gesetz anzusehen. Widersprüche solcher Art sind also nach denselben Grundsätzen zu behandeln, wie diejenigen, welche sich in demselben Rechtsbuch finden.

Justinian behauptet, Widersprüche fänden sich in seinen Rechtsbüchern nicht, wenn man nur in die Gründe der scheinbar verschiedenen Entscheidungen scharfsinnig einzudringen wisse.[13] Dies hat bis zu einem gewissen Maße seine Richtigkeit. Nicht alles, was sich scheinbar widerspricht, ist in der That Widerspruch. Beim tieferen Eindringen gewinnen wir nicht selten den Gesichtspunkt, unter welchem sich das scheinbar Entgegengesetzte vereinigt. Aber häufig ist eine derartige Vereinigung unthunlich. Eine Ausgleichung durch Unterscheidungen, welche nicht in den Stellen liegen, wie sie so häufig geschah und noch immer geschieht, ist ein unwissenschaftliches und auch ein vergebliches Beginnen. Denn willkürliche Unterscheidungen lassen sich in Menge ersinnen, und da sie in den erklärenden Stellen nicht fußen, so kann keine Erklärung die andere endgültig überwinden. Es ist auf diesem Wege eine Uebereinstimmung nie zu erreichen, und das Resultat ist ein Gewirr von endlosen Kontroversen.[14]

In welcher Art man bei solchen Widersprüchen den maßgebenden Rechtssatz zu finden hat, ist Sache umsichtiger Erwägung im einzelnen Falle.

a) Zuweilen ist die eine Stelle, insbesondere der Institutionen, nur ein kurzes, wenig genaues Referat aus Pandekten oder Kodex. Dann muß sie der genaueren und ausführlicheren Darstellung weichen.[15]

b) Vor allem wichtig ist die sogenannte historische Vereinigung.[16] Das römische Recht hat sich seit der Zeit des Augustus bis zur Zeit der Severe in Folge der socialen und wirthschaftlichen Umgestaltung des römischen Wesens und der intensiven Thätigkeit der römischen Jurisprudenz weit mehr verändert, als auf den ersten Blick erscheint. Viel-

---

12) Vgl. oben § 10.

13) In der const. Deo auctore § 8 verbietet Justinian die Aufnahme von Antinomien in die Pandekten, in der const. Tanta § 15 verkündet er, daß sich solche nicht finden: Contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit nec invenitur, si quis suptili animo deversitatis rationes excutiet: sed est aliquid novum inventum vel occulte positum, quod dissonantiae querellam dissolvit et aliam naturam inducit discordiae fines effugientem.

14) Vgl. oben § 28 Anm. 6 über die Versuche zur Vereinigung der l. 32 § 1 D. de legibus 1. 3 und der l. 2 C. quae sit longa consuetudo 8, 52.

15) Beispiele giebt Savigny a. a. O. S. 285 Anm. d. — Die Institutionen gehen vor, wenn sie durchdachte eigene Meinungen des Kaisers Justinian enthalten, die als solche Gesetzeskraft haben sollten. Etwaige Widersprüche in Pandekten oder Kodex sind dann als bloß historische Notizen aufzufassen. So bei § 34 J. de rer. div. 2, 1 verglichen mit l. 23 § 3 D. de R. V. 6, 1; siehe Thibaut a. a. O. S. 95.

16) Vgl. hierüber vorzugsweise Savigny a. a. O. S. 276.

fach ist nun die Aeußerung des einen römischen Juristen unter dem Einfluß der älteren Anschauungsweise entstanden, die eines anderen der Ausdruck der fortgeschrittenen Rechtsentwickelung. Dies ist z. B. meist der Fall, wenn die eine Entscheidung in einer konkreten und realistischen Auffassung der Verhältnisse wurzelt, die andere eine mehr abstrakte und verfeinerte Betrachtungsweise erkennen läßt. Es ist dann der Entscheidung der Vorzug zu geben, die dem fortgeschrittenen Rechtsbewußtsein entspricht. Die historische Vereinigung ist nicht so zu verstehen, als wenn stets die Meinung eines späteren Juristen den Vorzug vor derjenigen eines früheren hätte. Denn es kommt vor, daß spätere Juristen einem älteren, bereits überwundenen Standpunkte huldigen.[17][18]

c) Sind diese Gesichtspunkte zur Lösung des Widerspruches nicht geeignet, so heben sich, wie man sagt, die Stellen auf. Die Entscheidung der bezüglichen Frage ist daher aus dem Wesen des Institutes und aus der Analogie zu gewinnen, gerade so, als wenn es an jeder Entscheidung in den Rechtsquellen fehlen würde.[19][20]

§ 37. Authentische Interpretation.[1]

Die authentische Interpretation ist Feststellung des Inhalts eines Gesetzes durch eine Rechtsquelle.

17) Die Zeit der Abfassung ist immerhin zu berücksichtigen. Hierüber orientirt die gründliche und scharfsinnige Schrift von Fitting: Ueber das Alter der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander, Basel 1860, siehe ferner Lenel, palingenesia voll. II p. 1245 „auctorum et librorum index chronologicus".

18) Zu beachten ist auch, ob die Schrift, aus welcher ein Excerpt entnommen ist, den Zweck hat, theoretisch allgemeine Grundsätze zu entwickeln oder bestimmte Fälle — wie dies responsa quaestiones thun — zu zergliedern und zu beleuchten. Geben wir ein Beispiel. In der l. 68 pr. D. de evict. 21, 2 entwickelt Papinian libro 14 responsorum gewisse Rechtssätze für den Fall, „cum ea condicione pignus distrahitur, ne quid evictione secuta creditor praestet". Dieselben Sätze müssen nach richtiger Ansicht gelten, wenn der Gläubiger auch ohne Vereinbarung gemäß gesetzlicher Regel nicht für Eviktion einsteht. Dies bekämpft Moreau in seiner Abhandlung: Eviktion der verkauften Pfandsache 1878 S. 10 mit den Worten: „es wäre unerklärlich, warum Papinian den Fall der Vereinbarung besonders nennen würde, wenn er die für diesen Fall ausgesprochene Folge allgemein gelten lassen wollte." Aber der Fall der Vereinbarung lag gerade vor, darauf fußte die Anfrage, ihn hatte Papinian zu begutachten. Deshalb knüpfte er an ihn an.

19) Ein derartiger Widerspruch findet sich z. B. in der l. 41 D. de pign. actione 13, 7 von Paulus und der l. 22 D. de pignoribus 20, 1 von Modestinus.

20) Viele legen auch darauf Gewicht, ob die eine der sich widersprechenden Stellen in demjenigen Titel steht, welcher der betreffenden Materie gewidmet ist, die andere aber — als s. g. lex fugitiva — in irgend einem anderen Titel. Denn die Aufnahme der letzteren in das corpus juris habe eher auf einem Versehen beruhen können, als die der ersteren. So u. A. Wächter, Pand. 1 S. 122. Sehr viel Bedeutung hat indessen dieses äußerliche Moment nicht. Justinian hat eben jeden Spruch mit Gesetzeskraft bekleidet, ohne Rücksicht darauf, wo er rubricirt ist. Was die Kompilatoren bei Aufnahme einer Stelle dachten oder nicht dachten, wo ihr Versehen lag, läßt sich heute nicht mehr ermitteln und ist auch nicht entscheidend.

Man unterscheidet zwei Arten, nämlich die *usuelle* authentische Interpretation durch Gewohnheit und Gerichtsgebrauch und die *legale* authentische Interpretation durch Gesetz. Beide Arten ordnen sich demselben Begriffe unter. Sie haben beide *schlechthin zwingende Kraft* ohne Rücksicht auf ihre Begründung. Aber ihr Wesen ist doch verschieden. Denn bei der Anerkennung der *usuellen* authentischen Interpretation handelt es sich darum, die *geltende Rechtsprechung* zu sichern, indem man ein Zurückgehen auf den vermeintlich abweichenden ursprünglichen Sinn des interpretirten Gesetzes abweist. Die *legale* authentische Interpretation wird in der Regel erlassen, um einer Rechtsprechung gegenüber, *welche dem Gesetzgeber mißfällt*, eine andere Auffassung zur Geltung zu bringen oder wenigstens Streitigkeiten in der Rechtsprechung zu schlichten.[2]

Die Gesetzgebung muß der Natur der Sache nach die Ausbildung der gesetzgeberischen Gedanken und ihre Durchführung im Einzelnen dem Richter überlassen. In der authentischen legalen Interpretation hat sie aber äußerstenfalls ein Mittel, die Rechtsprechung in die Bahnen zu zwingen, welche sie für die richtigen erachtet.[3]

Die legale authentische Interpretation muß die Form eines Gesetzes haben und *sämmtliche Voraussetzungen eines Gesetzes* erfüllen.[4] Sie muß sich als authentische Interpretation *unzweideutig* bezeichnen.[5] Im Zweifel ist eine authentische Interpretation nicht zu unterstellen. Wiederholt daher ein Gesetz den Inhalt eines früheren,

---

1) Bremer in Bekkers Jahrbuch Bd 2 n. 7, Goeppert — herausgegeben von Eck — in Iherings Jahrbüchern Bd. 22 n. 1, Eisele, Archiv f. c. Pr. Bd. 69 S. 303.

2) l. 37 D. de legibus 1, 3. Paulus libro 1 quaestionum ... optima enim est legum interpres consuetudo.

3) Ein Beispiel giebt das Gesetz v. 31. Mai 1880 betreffend die authentische Erklärung und die Verlängerung des Gesetzes v. 21. Oktober 1878. Der Polizeipräsident von Berlin hatte auf Grund der Vollmachten des Gesetzes v. 21. Oktober 1878 socialdemokratische Mitglieder des Reichstages während der Session desselben aus Berlin ausgewiesen; es frug sich, ob er hierzu berechtigt war, und ob die Abgeordneten, welche sich dem Verbot nicht gefügt hatten, der gesetzlichen Strafe verfallen seien. Die Gerichte hatten — jedoch noch nicht rechtskräftig — die Frage bejaht. Das Gesetz v. 31. Mai 1880 erläuterte aber die bezügliche Bestimmung des Gesetzes v. 21. Oktober 1878 dahin, daß sie auf Reichs- und Landtagsmitglieder während der Session keine Anwendung finde. Die Strafverfolgung erledigte sich hiermit. Solcher Eingriff in den regelmäßigen Gang der Rechtspflege ist freilich eine zweischneidige Waffe. Die gesetzgebende Gewalt wird sich ihrer aber nicht begeben.

4) Die authentische Deklaration eines *Reichsgesetzes* ist nur durch *Reichsgesetz* zulässig. Ein dem bürgerlichen Rechte angehöriges *Landesgesetz* kann nur durch *Landesgesetz*, nicht durch Reichsgesetz gültig deklarirt werden, da nach Art. 4 Ziff. 13 der Reichsverfassung nur die *gemeinsame* Gesetzgebung über das bürgerliche Recht zur Zuständigkeit des Reichs gehört.

5) Das Gesetz braucht sich *nicht ausdrücklich* mit Worten als authentische Interpretation zu bezeichnen, vgl. R.G. Bd. 1 S. 365.

indem es dasselbe zugleich derart redaktionell abändert, daß es eine an das frühere Gesetz sich knüpfende Streitfrage entscheidet, so hat dies gesetzliche Kraft nur für die Zukunft, nicht für Fälle der Vergangenheit.

Da die authentische Interpretation den Sinn des interpretirten Gesetzes in bindender Weise feststellt, so hat sie rückwirkende Kraft. Der Richter muß nach Inkrafttreten des interpretirenden Gesetzes das interpretirte Gesetz in der legal festgestellten Weise auffassen, auch wenn er die authentische Deklaration für unrichtig hält.[6]

Die authentische Deklaration ist auch bei obschwebenden Prozessen zu beachten, mögen sie nun in erster oder in späterer Instanz anhängig sein. Ist aber eine Sache bereits durch rechtskräftiges Erkenntniß entschieden, so wirkt eine später in Kraft tretende authentische Interpretation auf dieselbe nicht mehr ein. Denn das rechtskräftige Urtheil macht Recht unter den Parteien, ohne daß seine Gründe noch einmal einer Prüfung unterliegen.[7]

§ 38. Ergänzung der Rechtsnormen. Analogie. Natur der Sache.

In dem bewegten, beständigem Wechsel unterliegenden Leben bilden sich stets neue Verhältnisse, welche der rechtlichen Entscheidung bedürftig sind, treten immer neue Fragen auf, die einer Lösung harren. Mögen die Gesetze noch so zahlreich sein und noch so kasuistisch in die Details eingehen, nie sind sie so vollständig, daß sie für jede Frage eine ausdrückliche Antwort bereit haben. Und doch darf sich der Richter niemals der Entscheidung eines privaten Rechtshandels unter dem Vorgeben weigern, daß es ihm an einer Entscheidungsnorm fehle.[1]

1. Hier bewährt sich nun, daß das Recht ein System ist, welches die Fähigkeit hat, sich aus sich selbst heraus zu vervollständigen. Diese

6) Nov. 19 praef. mit Rücksicht auf l. 11 C. de nat. lib. 5, 27 und nov. 12 cap. 4.

7) Streitig ist, ob auf Grund einer authentischen Interpretation eine Zahlung zurückgefordert werden kann, die man leistete, weil man auf Grund des alten Gesetzes zu schulden glaubte; desgleichen ob ein Vergleich anfechtbar ist, welchen man unter der Herrschaft des interpretirten Gesetzes schloß, indem man von einer anderen Rechtsauffassung ausging, als die spätere authentische Deklaration feststellt. Die Anfechtbarkeit bejahen Wächter Württ.Pr.R. Bd. 2 S. 152, Unger Bd. 1 § 14 Anm. 18, dagegen verneint sie Windscheid Bd. 1 § 33 Anm. 4, mit Recht. Judicata, transacta, finita werden nicht berührt, vgl. l. 1 § 12 D. ad S. C. Tertullianum 38, 17. Man darf den Willen des Gesetzgebers unterstellen, daß er diese Grenze nicht überschreiten wollte, auch wenn er sich durch eine authentische Deklaration im übrigen für die Rückziehung entscheidet.

1) Der code Napoléon giebt diesem Gedanken einen sehr präcisen Ausdruck im art. 4: Le juge, qui refusera de juger, sous prétexte de silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.

Selbstergänzung geschieht durch *Analogie*, d. h. durch *Anwendung einer für gewisse Verhältnisse bestimmten Rechtsnorm auf verwandte Verhältnisse* — similia — *wegen Gleichheit des Grundes*.[2] Aber nur was sich aus einem inneren Grunde — ratio — rechtfertigt, ist zur Analogie verwendbar, Anomalien, insbesondere bloße historische Singularitäten sind nicht zur analogen Anwendung befähigt, sie sind todte Punkte des Rechtssystems.[3]

Die neueren Schriftsteller unterscheiden *Gesetzesanalogie* und *Rechtsanalogie*.

a) Die Gesetzesanalogie geht aus von einem bestimmten *einzelnen Gesetze*. Sie wendet den in ihm liegenden Rechtssatz wegen Gleichheit des Grundes auf nicht vom Gesetz geregelte Fälle an. Die Gesetzesanalogie berührt sich mit der extensiven Interpretation. Es handelt sich aber um eine andere Auffassung. Die extensive Interpretation geht von der Unterstellung aus, daß sie den Willen des Gesetzgebers, wie er sich aus der Gesammthaltung des Gesetzes ergiebt, verwirkliche; die Gesetzesanalogie fußt nicht auf dem Willen des Gesetzes, sie macht neues Recht wegen Gleichheit des Grundes.[4]

b) Die *Rechtsanalogie* operirt nicht mit einem einzelnen Gesetze. Sie wendet einen *Komplex von Rechtssätzen*, welche in systematischem Zusammenhange ein gewisses Rechtsgebiet beherrschen, auf ein anderes Rechtsgebiet wegen Gleichheit des Grundes an. Beispielsweise werden Sätze des Eigenthumsrechtes auf die Superficies — das Erbbaurecht — übertragen, d. h. auf das dingliche Recht, auf fremdem Grundstück dauernd ein Gebäude zu haben.[5]

Zuweilen schreiben die Gesetze selbst die analoge, „entsprechende" Anwendung von Rechtssätzen des einen Rechtsgebietes auf ein anderes Rechtsgebiet vor. In Rom geschah dies häufig durch Aufstellung von *Fiktionen*.[6] Durch derartige Fiktionen fordert das Gesetz, daß man bei einem gewissen Thatbestande Thatsachen *hinzudenkt* oder *wegdenkt*, damit die Rechtssätze, welche sich an den *gedachten* That-

---

2) l. 12, l. 13 D. de legibus 1, 3. Kohler bei Grünhut Bd. 13 S. 52. Regelsberger Bd. 1 § 38.

3) Vgl. oben § 33.

4) Die lex Aquilia z. B. gab Schadensansprüche wegen Beschädigung fremder körperlicher Sachen. Analoge Ansprüche gab man später dem Freien, dessen Körper verletzt war, und Dritten, wenn sie durch die Tödtung eines Freien verletzt waren. l. 5 § 3, l. 13 pr. D. ad legem Aquiliam 9, 2.

5) Siehe unten § 259 II. Vgl. R.G. Bd. 9 S. 194. So auch B.G.B. § 1017.

6) Hierher gehört folgendes Beispiel. Der in feindliche Gefangenschaft gerathene Römer galt bei den Römern als Sklave. Wenn er daher bei den Feinden starb, so war sein im römischen Reiche befindlicher Nachlaß als der eines Sklaven herrenloses Gut, nicht Erbschaft. Zur Beseitigung der hieraus entspringenden Härten wurde durch eine lex Cornelia die Fiktion aufgestellt, daß der in der Gefangenschaft Verstorbene nicht in die feindliche Gewalt gekommen sei. Auf Grund dessen wurden Sätze des Erbrechtes auf seinen Nachlaß anwendbar. l. 12 D. qui test. 28. 1, l. 22 pr. D. de captivis 49, 15 und später l. 18 D. de captivis 49, 15. Das Nähere siehe bei Bechmann das jus postliminii und die lex Cornelia 1872 S. 84.

bestand knüpfen würden, Anwendung finden. Diese eigenthümliche Gedankenoperation hat also den Zweck, die analoge Anwendung von Rechtssätzen herbeizuführen.[7]

2. Auch aus der Natur der Sache haben wir das Rechtssystem zu ergänzen. Die Lebensverhältnisse tragen, wenn auch mehr oder weniger entwickelt, ihr Maß und ihre Ordnung in sich. Diese den Dingen innewohnende Ordnung nennt man Natur der Sache.[8] Auf sie muß der denkende Jurist zurückgehen, wenn es an einer positiven Norm fehlt oder wenn dieselbe unvollständig oder unklar ist.[9][10]

Die Natur der Sache ist nicht zu verwechseln mit dem Naturrecht. Das Naturrecht stützt sich auf Schlüsse, welche aus dem Wesen des Menschen an sich gezogen werden. Es ist zur unmittelbaren Rechtsanwendung nicht geeignet.

Fünftes Kapitel.

Recht im subjektiven Sinne.

§ 39. Begriff. Der Anspruch.

1. Recht im subjektiven Sinn ist der Antheil an den Lebensgütern, welcher einer Person in der menschlichen Gesellschaft zukommt.[1]

Rechte im subjektiven Sinne bestanden geschichtlich lange, ehe sich

---

7) Von den gesetzlichen Fiktionen kann man unterscheiden dogmatische Fiktionen. Es sind dies solche, welche die Wissenschaft entwickelt hat, um die rechtlichen Thatsachen unter einheitlichen Gesichtspunkten systematisch zu verknüpfen. Hierher gehört z. B. der Satz, daß der Erbe ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt, wann er antritt, als vom Tode des Erblassers an succedirend gilt. Diese Fiktion ist eine wissenschaftliche. Sie beruht auf dem Gedanken, daß bei der Rechtsnachfolge die Endigung des Rechtes des einen mit dem Beginn des Rechtes des anderen zusammenfallen müsse. Ueber Fiktionen vgl. Demelius, Rechtsfiktion, Weimar 1858, Ihering, Geist Bd. 3 Abth. 1 S. 293 ff., Bierling, Kritik Bd. 2 S. 85 ff. Juristische Prinzipienlehre Bd. 1 S. 101.

8) Vgl. Bierling, Kritik Bd. 1 S. 82 ff, Kohler bei Grünhut Bd. 13 S. 57.

9) Windscheid dagegen Bd. 1 § 23, Anm. 1a bezeichnet die Natur der Sache „als einen nicht mit Unrecht verschrieenen Ausdruck". Vgl. auch Gierke, Deutsch. Privr. Bd. 1 § 21 S. 182. Eher schwankend Regelsberger Bd. 1 § 12 Anm. 2.

10) Eine andere Wendung versucht die auch in die Lehren der Interpretation und Analogie einschlagende Prorektoratsrede von Gustav Rümelin, Freiburg i. B. 1891 „Werthurtheile und Willensentscheidungen".

1) Nicht allzuweit ab liegt die Begriffsbestimmung von Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte 1892 vgl. S. 42: subjektives Recht ist „das durch Anerkennung menschlicher Willensmacht geschützte Gut oder Interesse." Siehe auch Bernatzik im Archiv für öff. Recht Bd. 5 S. 193 ff.

eine selbstbewußte staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wußten. Erst durch Abstraktion mußte man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektiven Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ungeschichtliche und eine unrichtige Anschauung, daß die Rechte im subjektiven Sinn nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn. Die Rechtsordnung gewährleistet und modelt die Rechte im subjektiven Sinn, aber sie ist nicht ihr Schöpfer.[2]

Daher ist auch das Recht im subjektiven Sinn keineswegs, wie die derzeit noch herrschende Ansicht annimmt, identisch mit „Wollendürfen",[3] also einer Verstattung des Rechts im objektiven Sinn, wonach das Individuum handeln oder unterlassen darf.[4]

Die rechtliche Zugehörigkeit zu einer Familie z. B., oder das Recht auf den Namen ist nichts weniger als Wollendürfen. Und doch liegen hierin Rechte im subjektiven Sinn. Das Kind, ferner der unheilbar Geisteskranke hat, wie nicht bezweifelt wird, Rechte; denn es bleibt ihm sein Antheil an den Lebensgütern gewährleistet. Von einem rechtlichen

---

2) Vgl. aber auch Zitelmann, internationales Privatrecht, Bd. 1 S. 56.

3) Diese Auffassung geht auf Hegel zurück. Sie theilte u. A. Puchta, Pand. § 22, § 118; sie vertheidigte Windscheid Bd. 1 § 37. Dennoch giebt W. zu, daß „reales Wollen von Seiten des Berechtigten, eine von ihm ausgehende Willensäußerung" nicht erfordert sei. So suchte er sich zu erklären, daß „auch Willensunfähige ohne Vertreter Rechte haben können, und ein Willensfähiger Rechte haben kann, ohne es zu wissen." Anm. 3 a. a. O. Daher die Formulirung: „die Rechtsordnung hat von einem konkreten Willensinhalt ausgesprochen, daß er maßgebend sei." Wenn es aber auf reales Wollen nicht ankommen soll, und Willensunfähige ohne Vertreter Rechte haben, so würde Windscheid unseres Erachtens richtiger statt „Willensinhalt" gesetzt haben „Inhalt", womit er freilich seine Theorie aufgegeben hätte. In der That läßt Windscheid seit der 6. Auflage diesen Erklärungsversuch fallen, aber nicht seine Begriffsbestimmung des Rechts im subjektiven Sinn. — Auch für Brinz sind die Rechte „rechtliche Machtvollkommenheiten". Aber auch er giebt seine Theorie im Grunde auf, wenn er erkennt, daß bei näherer Betrachtung „gewisse Privatrechte und zwar die fundamentalsten von diesen zuvor und wesentlich etwas Anderes, nämlich die durch Mein und Dein ausgedrückte Verbindung einer Person oder Sache mit einer bestimmten Person" sind. Bd. 1 § 64 S. 210.

4) Mit der Charakterisirung des Rechtes als Willensmacht stehen in enger Verbindung die Versuche der Neueren, die juristischen Personen aus der Reihe der Rechtssubjekte zu streichen: „Es läßt sich nun einmal nicht denken, sagt Brinz, Pandekten 1. Aufl. Bd. 2 S. 984, daß unpersönliche Dinge — wie Staat, Gemeinde, Stiftung — Rechte haben. Ohne irgend ein Dürfen oder Können, Befugniß oder Macht, vermögen wir kein Recht zu denken: mit unmenschlichem Wesen ist das Dürfen und Können unvereinbar." — Man muß aber umgekehrt schließen, da es evident ist, daß Staat, Gemeinde, Stiftungen Rechte haben, und da diese bloß gedachten Subjekte gleichwohl nicht selbst, sondern nur durch ihre Organe handeln, so liegt das Wesen des Rechtes nicht im „Thun- oder Handelndürfen". Vgl. noch G. Rümelin, Methodisches über jurist. Personen 1891 S. 34.

Wollendürfen kann aber nicht die Rede sein. Der römische Sklave andrerseits, welchem ein Pekulium zur Verwaltung überlassen war, hatte weitgehendes „Wollendürfen", dennoch war er rechtlos, weil ihm ein selbständiger Antheil an den Lebensgütern versagt war.

Der herrschenden Ansicht fehlt ein Kriterium, um Handlungsfähigkeit und Rechtsfähigkeit zu unterscheiden, und doch kann sie auf diese Unterscheidung nicht verzichten und ist genöthigt, sich so gut es geht um diesen Punkt zu winden.[5][6]

2. Aus Rechten im subjektiven Sinn entwickeln sich „Ansprüche". Diesen Ausdruck wendet die neuere Rechtswissenschaft[7] und Gesetzgebung mit Vorliebe an. Indessen ist er vieldeutig.

a) Das Wort „Anspruch" bezeichnet einmal die thatsächliche Verfolgung einer uns wirklich oder angeblich zustehenden Befugniß.

Daher ist Anspruch namentlich nach der C. P. O. die prozessualisch — mit oder ohne Grund — geltend gemachte Behauptung einer Leistungspflicht des Proceßgegners.[8]

b) Ferner aber versteht man unter „Anspruch" die gegenwärtige Befugniß auf Thun oder Unterlassen eines Andern.[9]

Dabei findet sich aber weiter der größte Streit zwischen den verschiedenen Protektoren des Anspruchsbegriffs, ob unter Anspruch nur zu verstehen sei das Recht auf eine Leistung gegenüber einer gewissen Person oder ob auch aus absoluten Rechten z. B. dem Eigenthum, einem Familienverhältniß, auch ehe sich Jemand in Widerspruch setzt, Ansprüche „gegen Jedermann" gehen, sich einer jeden Antastung zu enthalten.[10]

---

5) Daher „ist", sagt Brinz, § 52, „die Rechtsfähigkeit etwas von Handlungsfähigkeit". Siehe hierüber Binding, Normen Bd. 2 S. 50.

6) Die herrschende Ansicht bekämpft energisch auch Ihering: Geist Bd. 3 Abth. 1 § 60 ff. Iherings Definition lautet — a. a. O. § 61 —: „Rechte sind rechtlich geschützte Interessen, Recht ist die rechtliche Sicherheit des Genusses." Hierin liegen wohl sehr wichtige Eigenschaften, aber das Wesen des Rechts im subjektiven Sinn ist damit nicht getroffen.

7) Windscheid, die Aktio des römischen Civilrechts 1856, hat den Begriff des „Anspruchs" zuerst eingehender zu bestimmen versucht und in der Wissenschaft eingebürgert. Zum Vortheil des deutschen Rechtes war dies nicht.

8) Fischer, Recht und Rechtsschutz 1889 S. 64. Siehe auch Wach, Civilprozeßrecht Bd. 1 S. 293.

9) So definirt B.G.B. § 194 den Anspruch als das Recht, von einem Anderen ein Thun oder ein Unterlassen zu verlangen. Nicht übel unterscheidet Regelsberger Bd. 1 § 52 „aktuelles" und „potentielles" Ansprechen.

10) Brinz Bd. 1 S. 252: „denkt einen Anspruch nicht ohne eine gewisse Person, gegen welche er gerichtet ist." Anders Windscheid Bd. 1 § 43. Er nimmt Ansprüche an, die gegen „Jedermann" gehen, „gegen Niemanden nicht". Dies seien die dinglichen Ansprüche, welche nicht auf eine bestimmte Verpflichtungsperson beschränkt seien. Hiernach hätte jeder Eigenthümer einen Anspruch gegen jeden Weltbürger,

3. Die Ansprüche charakterisiren sich durch den Leistungsgegenstand; sie enthalten ein bestimmtes Begehren. Die Rechte individualisiren sich vorzugsweise nach ihrem Entstehungsgrund. Derselbe Anspruch kann auf verschiedenen Klaggründen d. h. Rechten im subjektiven Sinne beruhen.[11] Wenn beispielsweise die vermiethete Sache durch Schuld des Miethers beschädigt wird, so erhält der Vermiether Anspruch auf Schadensersatz; er kann diesen Anspruch sowohl auf den Miethsvertrag, als auf das Delikt der Sachbeschädigung gründen. Wird ferner dem Vermiether seine Sache nach Endigung der Miethe nicht zurückgegeben, so hat er den Anspruch auf deren Rückgewähr; diesen Anspruch kann er sowohl auf den Miethkontrakt, als auf sein Eigenthumsrecht stützen. Der Anspruch ist in beiden Fällen derselbe, das Recht aber, auf welches sich der Anspruch stützt, ist ein verschiedenes.[12]

§ 40. Rechtsverhältniß und Rechtsinstitut.[1]

1. Unter einem Rechtsverhältnisse ist zu verstehen eine rechtlich wirksame Beziehung einer Person zu anderen Personen oder zu Sachgütern.[2 3]

---

daß dieser sein dingliches Recht nicht verletze. Der Anspruch aber sei, behauptet Windscheid, befriedigt, solange der von ihm geforderte thatsächliche Zustand vorhanden sei. Weil er befriedigt sei, verjähre er inzwischen nicht. Thon, Rechtsnorm S. 159 sucht Windscheids Auffassung zu widerlegen. Er behauptet, die Annahme eines derartigen Anspruchs gegen jedermann sei ebenso müßig als irreführend. Dies ist zutreffend. Hervorzuheben ist aber, daß dieses Urtheil mit Fug nur fällen kann, wer — vgl. oben § 22 Anm. 5 — das dingliche Recht auffaßt als ein unmittelbares Herrschaftsrecht über die Sache. Nach dieser Betrachtungsweise bedarf es nicht der Unterstellung eines Anspruches gegen eine ungezählte Menge, die nichts von uns und unserem Recht wissen kann und niemals etwas davon wissen wird. Wer, wie Thon, das Wesen des dinglichen Rechtes in dem Normenschutz gegen den Genuß der Sache seitens dritter Personen sieht, muß schließlich zu Ansprüchen gegen jedermann kommen. Von diesem Standpunkte aus hat sie denn auch Bierling, Kritik Bd. 2 S. 176, wieder aufgenommen.

11) So spricht C.P.O. § 146 von „demselben Anspruch", „auf den sich mehrere Klagegründe beziehen."

12) Ist dies richtig, so ist es unrichtig mit Windscheid Bd. 1 § 44 die römische actio mit unserem deutschen Anspruch zu identificiren. Denn die actio ist nicht Anspruch schlechthin, sondern der aus einem bestimmten Rechte sich ergebende Anspruch.

1) Die Grundlage der Lehre von den Rechtsverhältnissen hat Savigny Bd. 1 S. 6, 331 gelegt. Bierling, Kritik der jurist. Grundbegriffe Bd. 2 1883 S. 128, hat die Lehre scharf und klar beleuchtet. Vgl. Puntschart die fundamentalen Rechtsverhältnisse 1885 S. 57, Bekker Bd. 1 S. 45, Regelsberger Bd. 1 § 13, Bierling, Prinzipienlehre Bd. 1 § 12.

2) Savigny a. a. O. S. 333 definirt das Rechtsverhältniß als eine Beziehung zwischen Person und Person, durch eine Rechtsregel bestimmt. Wer aber in Gemäßheit der oben § 22 Anm. 5 dargelegten Auffassungen das Wesen des dinglichen Rechtes in einer unmittelbaren Beziehung der Person zur Sache findet,

Aus Rechtsverhältnissen entwickeln sich häufig Rechte erst in Zukunft nach Maßgabe künftiger Ereignisse, so daß deren Zahl und Umfang vorerst noch nicht bemeßbar ist. So ist es z. B. im Fall des Eingehens eines Gesellschaftsvertrags oder der Eröffnung eines Kredits.[4]

Als Rechtsverhältniß ist auch der Besitz aufzufassen, da er eine rechtlich wirksame Thatsache bildet.

Nicht bloß Rechte können gerichtlich geltend gemacht werden. Auch auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines *Rechtsverhältnisses* kann seitens dessen Klage erhoben werden, welcher an solcher Feststellung ein rechtliches Interesse hat.[5]

2. *Rechtsinstitute sind rechtlich geregelte Einrichtungen der bürgerlichen Gesellschaft*, z. B. Eigenthum, väterliche Gewalt, Vormundschaft.[6]

§ 41. Die Ausübung der Rechte.

Ausübung der Rechte ist die Ausnutzung mittels Handelns oder Unterlassens, bestehe sie nun in dem Genuß des durch sie gewährten Lebensgutes oder in ihrer Geltendmachung und gerichtlichen Verfolgung.[1]

Man darf seine Rechte haarscharf *ausüben*, sofern man sich in den *Schranken der Rechtsordnung* hält,[2] auch wenn man dadurch thatsächliche Zustände aufhebt, aus welchen Dritte Nutzen zogen,[3]

---

muß den Begriff des Rechtsverhältnisses in der Weise unseres Textes gestalten. So auch Regelsberger a. a. O.

3) Die Römer bezeichnen das Rechtsverhältniß als jus; l. 12 D. de justitia et jure 1, 1, Marcianus libro 1 institutionum: Nonnunquam jus etiam pro necessitudine dicimus, veluti „est mihi jus cognationis vel adfinitatis".

4) Ueber „einfache" und „zusammengesetzte" Rechtsverhältnisse vgl. Bierling, Kritik a. a. O. S. 38.

5) C.P.O. § 256 vgl. unten § 134. Siehe ferner C.P.O. § 280.

6) Normen, welche das gesammte Rechtssystem durchziehen, z. B. diejenigen über die Schuld — culpa —, bilden kein Rechtsinstitut.

1) Vgl. Regelsberger Bd. 1 § 51. Es liegt z. B. die Ausübung eines Wegerechtes im Gehen, Fahren, Reiten, die Ausübung eines Nießbrauches in der Perception der Früchte; vgl. l. 6 ff. D. quemadmodum servitutes 8, 6. Anders Thon, Rechtsnorm S. 288.

2) Vgl. Pernice, Labeo Bd. 2 2. A. S. 48 ff.

3) l. 26 D. de damno infecto 39, 2 Ulpianus libro 81 ad edictum. Proculus ait, *cum quis jure quid in suo faceret*, quamvis promisisset damni infecti vicino, non tamen eum teneri ea stipulatione: veluti si juxta mea aedificia habeas aedificia, eaque jure tuo altius tollas, aut si in vicino tuo agro cuniculo vel fossa aquam meam avoces: quamvis enim et hic aquam mihi abducas et illic luminibus officias, tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere, scilicet, quia non debeat videri is damnum facere qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur prohibetur. Vgl. Pernice a. a. O. S. 12 ff. 2. Aufl. S. 49 Anm. 2.

selbst, wenn der Nachtheil des Dritten unverhältnißmäßig größer als der Vortheil der Berechtigten ist. Eine derartige Ausübung ist keine Verschuldung[4] und ihre Folge kein Schaden im Rechtssinne[5] d. h. keine Rechtsverletzung.[6]

Dennoch läßt sich dies nicht in das äußerste Extrem hinein durchführen. Letztlich ist das Recht doch dazu bestimmt, den menschlichen Bedürfnissen zu dienen. Daher ist es unzulässig sein Recht *bloß* dazu zu mißbrauchen, *um Andere zu schädigen*. Solcher Dolus macht auch schadensersatzpflichtig.

Er wird am leichtesten offenbar im *Nachbarrechte*; hier wird der Satz daher am ehesten praktisch. Der sogenannte Neidbau ist nicht zu dulden, ebensowenig das Graben eines Brunnens, bloß damit der Brunnen des Nachbars versiege.[7]

Aber der Satz gilt allgemein, namentlich auch im Obligationenrecht.[8 9]

Gewisse Rechte dürfen nur unter Schonung fremder Interessen ausgeübt werden, selbst wenn dem Berechtigten hieraus Unbequemlichkeiten erwachsen. Namentlich hat der Servitutberechtigte bei Ausübung der Servitut auf den Eigenthümer billige Rücksicht zu nehmen — civiliter uti.[10]

---

4) l. 55 D. de R. J. 50, 17 Gajus libro 2 de testamentis ad edictum urbicum: nullus videtur dolo facere, qui jure suo utitur. L. 3 § 2 D. de homine libero exhibendo 43, 29.

5) l. 151 D. de R. J. 50, 17, Paulus libro 64 ad edictum. Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet.

6) Beispielsweise ist der Pfandgläubiger befugt, die Pfandsache nach Fälligkeit der Forderung auch zu ungünstiger Zeit zu verkaufen, ungeachtet des Nachtheils, welcher nachstehenden Gläubigern oder dem Schuldner hieraus erwachsen kann. — Mit der Rechtsausübung kann eine Pflichtverletzung konkurriren, welche haftbar macht. Binding, die Normen Bd. 2 S. 291 ff. Der Pfandgläubiger veräußert z. B. nach Pfandrecht, verschleudert aber dabei die Sache dolos zum Nachtheil des Pfandschuldners. Der Verkauf ist dann zwar rechtsbeständig, aber der Gläubiger ist dem Verpfänder schadensersatzpflichtig.

7) l. 1 § 12 D. de aqua 39, 3 Ulpianus libro 53 ad edictum. Denique Marcellus scribit cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem: et sane non debet habere, *si non animo vicino nocendi*, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit. L. 38 D. de R. V. 6, 1. Celsus libro 3 Digestorum „neque malitiis indulgendum est." Ueber das Verbot der Chikane vgl. Rewoldt in Gruchots Beiträgen Bd. 24 S. 677. Beispiele: Seuffert Bd. 32 n. 204, Bd. 35 n. 273, Bd. 37 n. 292, Bd. 45 n. 167.

8) Hier tritt dem Mißbrauch namentlich die sog. exceptio doli generalis entgegen, vgl. unten § 138.

9) B.G.B. § 226 bestimmt: Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen.

10) Das Nähere sowie Beispiele siehe § 237 Anm. 7 ff., vgl. B.G.B. § 1020.

§ 42. Kollision der Rechte.[1]

Häufig finden sich *nebeneinander* Rechte, welche sich *thatsächlich nicht vollständig nebeneinander verwirklichen lassen*. Den hieraus sich ergebenden Widerstreit nennt man *Kollision der Rechte*.[2] Die kollidirenden Rechte können gleicher Art sein, z. B. Eigenthum und eine Wegservitut. Sie können dem Vermögensrechte angehören, aber auch dem Familienrechte. Beispielsweise kollidirte in Rom vielfach das Recht der väterlichen Gewalt über die verheirathete Tochter mit dem Rechte des Ehemannes.

Manche wollen von einer Kollision nicht reden, wenn die zusammentreffenden Rechte von ungleicher Stärke sind.[3] Dies ist unrichtig. Wird z. B. ein Schuldner zahlungsunfähig und ein Konkursverfahren über sein Vermögen eröffnet, so kollidiren die bevorzugten Forderungen mit den einfachen Konkursforderungen. Denn alle diese Forderungen haben Anspruch auf Befriedigung aus der Masse; nur wird die nicht privilegirte von der privilegirten zurückgedrängt.

Wie sich die Kollision zusammentreffender Rechte löst, bestimmt sich nach der Art und Stärke der bezüglichen Rechte. Allgemein anwendbare Grundsätze sind nicht aufzustellen. Die Eigenart der Rechte, welche gerade in dem Konflikte scharf hervortritt, entscheidet.

Ein leitendes Motiv für die *Gesetzgebung* und die *Ausbildung des Rechtes* ist, daß wer *Gewinn erstrebt*, dem zu weichen hat, welcher *Schaden zu vermeiden sucht*.[4] Hierin liegt z. B. der tiefere Grund, weshalb die Vermächtnißnehmer den Erbschaftsgläubigern nachstehen. Es können ferner Forderungen aus einer

---

1) Thibaut, Versuche Bd. 2 — 2. Auflage — S. 242 ff. Hufeland, Geist des römischen Rechtes Th. II Abth. 2 S. 1 ff. Stahl, Kollision 1826. Kierulff, S. 230. Wächter, Pand. Bd. 1 § 96 Beilage II. Regelsberger Bd. 1 § 55.

2) Die Kollision von Rechten setzt voraus, daß mehrere Rechte begründet sind, die thatsächlich kollidiren. Es liegt also keine Kollision von Rechten vor, wenn das eine Recht durch sein Bestehen das Entstehen des anderen hindert. Es findet sich ferner dann keine wahre Kollision von Rechten, wenn nur *ein* Recht in Frage ist, wenn es aber zweifelhaft ist, wem dasselbe zusteht. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Erblasser etwas seinem Neffen Franz vermacht hat, und zwei Neffen dieses Namens existiren, welche das Legat ansprechen, oder wenn mehrere, denen eine Forderung gesondert cedirt ist, darüber streiten, wem die Forderung zusteht. *Konkurrenz*, nicht Kollision endlich liegt vor, wenn verschiedene Rechte nebeneinander bestehen, welche *denselben Erfolg* bezwecken.

3) So Kierulff S. 235, Arndts § 92 Anm. 3 d., dagegen Bekker, Bd. 1 S. 73.

4) l. 41 § 1 D. de R. J. 50, 17. Ulpianus libro 46 ad edictum. In re obscura melius est favere repetitioni. quam adventicio lucro. Bernice macht darauf aufmerksam, daß Ulpian im 46. Buche die Kondiktionen behandelte.

Freigebigkeit des Gemeinschuldners in dessen Konkurs nicht geltend gemacht werden.[5] [6]

Von allgemeinerer Bedeutung ist, daß sich dingliche Rechte zu einander anders verhalten als Forderungen.

a) Dingliche Rechte an derselben Sache sind meist von ungleicher Stärke.

Die dinglichen Rechte an fremder Sache gehen dem Eigenthumsrechte innerhalb ihres Kreises grundsätzlich vor. Soweit jedoch dem Servitutberechtigten die Pflicht zum schonenden Gebrauche obliegt, behält der Eigenthümer in Kollisionsfällen die Oberhand.

Mehrere dingliche Rechte an fremder Sache ferner ordnen sich untereinander regelmäßig nach einer festen Priorität. Sie ergiebt sich überwiegend aus dem Alter der Rechte.[7] Es gilt dies für Rechte gleicher Art, z. B. für Pfandrechte, wie für solche ungleicher Art, z. B. im Fall der Kollision einer älteren Weidegerechtigkeit mit einer jüngeren Hypothek. Sind die Rechte an sich von gleicher Kraft, so überwiegt nach römischem Rechte der thatsächliche Zustand — in pari causa est potior causa possidentis.[8]

b) Forderungsrechte haben in der Regel unter sich gleiche Stärke.

Insbesondere giebt das höhere Alter der einen Forderung keinen Vorzug vor der anderen. Der Vorzug — privilegium exigendi —, welchen einige Forderungen im Konkurse des Schuldners haben, gründet sich auf ihre besondere Naturcharakter, nicht auf ihr Alter.

In der Regel entscheidet bei Forderungen das Zuvorkommen — die Prävention.[9]

Hat sich jedoch dieselbe Person für dieselbe Dienstzeit in ein dauerndes Dienstverhältniß bei verschiedenen Personen verdungen, so hat nach der Regel des gemeinen Rechtes der ältere Miether den Vorzug.[10]

---

5) R.K.O. § 63 Ziff. 4. Vgl. Ziff. 3, wonach auch Geldstrafen im Konkurse des Schuldners nicht geltend zu machen sind.

6) Die früher häufig vertheidigte Regel: privilegiatus contra aeque privilegiatum nun utitur privilegio ist falsch. Vgl. Wächter, Pand. a. a. O.

7) Vgl. übrigens B.G.B. § 879.

8) l. 10 D. de pignoribus 20, 1, l. 9 § 4 D. de Public. 6, 2. In manchen Fällen hat Theilung der Ausübung stattzufinden. Ihr ist das heutige Recht geneigt. In einigen Fällen entscheidet das Loos l. 5 D. fam. erc. 10, 2; § 23 J. de leg. 2, 20.

9) Hat beispielsweise derselbe Verkäufer dasselbe Pferd zu verschiedenen Zeiten Verschiedenen verkauft, so hat nicht etwa der erste Käufer ein Vorzugsrecht vor dem zweiten. Wäre keinem freiwillig geleistet, und würden beide klagen und ein obsiegliches Urtheil erhalten, so würde Eigenthümer, wer das Pferd zuerst dem Verkäufer vom Gerichtsvollzieher für sich wegnehmen ließ. C.P.O. § 883.

Wird Konkurs über das Vermögen eines Gemeinschuldners eröffnet, so tritt an die Stelle der Prävention verhältnißmäßige Austheilung der Masse unter die Konkursgläubiger — pro rata.

Sechstes Kapitel.

Zeitliche und räumliche Anwendungssphäre der Rechtsnormen.

A. Die Beziehungen neuer Gesetze zur Vergangenheit.

§ 43. Ausschließung der Rückwirkung.[1]

Neue Gesetze haben keine rückwirkende Kraft, d. h. sie beziehen sich nicht auf das, was in der Vergangenheit rechtlich begründet ist, sondern nur auf das, was in Zukunft rechtlich begründet werden soll.[2]

Dies ist eine Anforderung des geläuterten Rechtsgefühles. Denn das alte Gesetz gewährleistete, was seinen Anforderungen entsprechend begründet war. Auf diese Gewährleistung durften die Unterthanen vertrauen. Wird sie zurückgenommen, so erscheint dies den Betroffenen als Unbill und erschüttert bei allen das Gefühl der Sicherheit des Rechtes. Um deswillen pflegten die römischen leges ausdrücklich die Rückwirkung

---

10) Vgl. l. 26 D. locati 19, 2 Ulpianus libro 2 disputationum. In operis duobus simul locatis convenit priori conductori ante satisfieri. Der Sinn dieser Stelle ist freilich nur, wer Mehreren Dienste versprochen hat, hat nach dem Kontrakt und der bona fides die früher versprochenen zuerst zu leisten. Der zweite kann sich nicht beschweren, wenn er warten muß. Der erstere hat Schadensansprüche, wenn er zurückgesetzt wird. Ein Recht des früheren Miethers gegen den späteren ist hier nicht anerkannt.

1) F. Bergmann, das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze 1818, Savigny, System Bd. 8 S. 368, F. Lassalle, das System der erworbenen Rechte, Theil I: Die Theorie der erworbenen Rechte und der Kollision der Gesetze 1861, 2. fast unveränderte Auflage 1880. Die interessante Arbeit von H. Goeppert, Gesetze haben keine rückwirkende Kraft, blieb leider unvollendet. Sie wurde aus dessen Nachlaß herausgegeben und ergänzt von Eck in Iherings Jahrbüch. Bd. 22 S. 1 ff. Gabba teoria della retroattività delle leggi 4 tom. 1868 ff. 2. Aufl. 1884. Pfaff und Hofmann, Exkurse z. Kommentar d. östr. bürgl. Gesetzb. I S. 112 ff. Habicht, Einwirkung des B.G.B. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse 1899.

2) Das Gleiche gilt grundsätzlich vom Gewohnheitsrechte und Gerichtsgebrauch. Bei dem Umstande, daß sich hier der Uebergang nicht schroff, sondern nur allmählig vollzieht, wird dies freilich nur selten praktische Konsequenzen haben. Wenn sich aber beispielsweise durch ein Gewohnheitsrecht gewisse Formen für einen gerichtlich zu vollziehenden Akt festgestellt hätten, und ein Rechtsgeschäft zur Sprache käme, welches dieser Form entbehrt, aber aus einer Zeit stammt, in welcher sich dieselbe noch nicht gewohnheitsrechtlich festgestellt hatte, so wäre das Rechtsgeschäft zweifelsohne gültig.

auszuschließen.[3] Aber eine unübersteigliche Schranke der Gesetzgebung lag hierin in Rom nicht; auch die deutschen Verfassungen wissen von einer solchen Schranke nichts.[4] Es handelt sich also um eine Maxime, über welche sich der Gesetzgeber aus Gründen hinwegsetzen kann. Er thut dies namentlich dann, wenn bestehende Rechte im Laufe der Zeit in schroffen Gegensatz gegen das öffentliche Bewußtsein treten, gemeinschädlich werden, als unsittlich gelten. Beispiele bilden die Aufhebung der Leibeigenschaft, der Sklaverei.

Aus dem, was gewöhnlich geschieht, ergiebt sich die Auslegungsregel: Gesetzen ist keine rückwirkende Kraft zuzuschreiben, es sei denn, daß sie sich eine solche besonders beilegen.[5]

1. Unberührt bleibt hiernach die Geltung von Rechtsgeschäften, wenn sie den gesetzlichen Formvorschriften zur Zeit ihrer Errichtung entsprachen, trotzdem neue Gesetze später andere Formen an die Stelle setzen.

Dies gilt namentlich für Testamente, auch wenn die Aenderung vor dem Tode des Testators eintrat.[6] Umgekehrt bleibt eine Testamentsurkunde wirkungslos, welche den Formvorschriften der Zeit ihrer Errichtung nicht entsprach, auch wenn sie die

---

3) Cic. in Verr. I cap. 42 § 109. De jure vero civili si quis novi quid instituerit, is omnia, quae ante acta sunt, rata esse non patietur? Cedo mihi leges Atinias, Furias, ipsam, ut dixi, Voconiam, omnes praeterea de jure civili; hoc reperies in omnibus statui jus, quo post eam legem populus utatur. Vgl. l. 1 pr. D. ad leg. Falc. 35, 2. Goeppert a. a. O. S. 21.

4) In den Vereinigten Staaten von Nordamerika dagegen sind die Gesetze verfassungsmäßig nicht im Stande, ihren Vorschriften rückwirkende Kraft zu geben. Derartige Bestimmungen sind nichtig und werden von den Gerichten nicht beachtet, Goeppert a. a. O. S. 49 ff.

5) Vgl. die l. 7 C. de legibus 1. 14, über welche aber Folgendes zu bemerken ist. Der Satz, daß Gesetze keine rückwirkende Kraft haben, wurde ursprünglich auf constitutiones principum nicht bezogen, weil diese nicht sowohl neue Rechtsnormen aussprachen, als den Sinn der alten entwickelten. Da sie nun aber später Gesetze eigentlicher Art wurden, verordnete Theodosius I. in der l. 1 C. Theod. de const. 1, 1 vom Jahre 393: Omnia constituta non praeteritis calumniam faciunt, sed futuris regulam ponunt. Eine Anwendung dieses Grundsatzes machte die l. 7 C. de legibus 1. 14 von Theodosius und Valentinian aus dem Jahre 440. Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim etiam de praeterito tempore adhuc pendentibus negotiis cautum sit. Die Kaiser schließen hier vorzugsweise die Anwendung neuer Gesetze auf anhängende Prozesse aus. Denn dies ist negotium, vgl. l. 3 C. eod. „interlocutiones, quas in uno negotio judicantes protulimus.“ So faßt die Verordnung auch Justinian auf, welcher in der c. Tanta § 23 seinen Digesten Rückwirkung giebt und auf die l. 7 Cod. cit. anspielend äußert, sie fänden Anwendung: in omnibus causis, sive quae postea emerserint, sive in judiciis adhuc pendent. Vgl. auch l. 21 C. ad Sct. Vellejanum 4, 29 am Schlusse. Einen allgemeinen abstrakten Lehrsatz dürfen wir hiernach in der l. 7 Cod. cit. nicht suchen.

6) Justinian wendet diesen Satz bei Gelegenheit einer Erschwerung der Testamentsformen in der l. 29 § 7 C. de testamentis, 6, 23 an: quid enim antiquitas peccavit, quae praesentis legis inscia pristinam secuta est observationem?“ ebenso in der nov. 66 cap. 1 § 4 „absurdum esset, id quod recte factum est, ab eo quod nondum erat, postea subverti.“

Anforderungen, welche später erlassene Gesetze zur Zeit des Todes stellen, erfüllen würde.[7] So ist es auch bei anderen Rechtsgeschäften.

2. Unberührt bleiben ferner unter der Herrschaft des alten Rechtes begründete *Rechtsverhältnisse*. Es macht keinen Unterschied, ob es sich um s. g. *erworbene* Rechte handelt, d. h. durch eine *specielle Erwerbshandlung* erlangte Rechte oder um Rechte *anderer Art*.[8] Dies schließt folgende Rechtssätze in sich:

a) Die Frage, ob ein Rechtsverhältniß *rechtlich begründet* wurde, ist nach den Gesetzen der Zeit seiner Begründung zu beurtheilen.

b) Es ist unbestrittene Folge der Nichtrückwirkung neuer Gesetze, daß die Rechtswirkungen, welche sich aus dem Rechtsverhältnisse *bis zum Inkrafttreten des neuen* Gesetzes entwickelten, durch dasselbe nicht berührt werden. Dies also auch dann, wenn das neue Gesetz an das Rechtsverhältniß andere Wirkungen knüpft, und wenn der Rechtsstreit über jene Rechtswirkungen erst unter der Herrschaft des neuen Gesetzes geführt wird.[9]

c) Es ist aber auch Folge des Principes, was freilich manche nicht anerkennen, daß einmal begründete Rechtsverhältnisse trotz des Inkrafttretens neuer Gesetze diejenigen rechtlichen Wirkungen *dauernd ent-*

7) Vgl. Einf.Ges. zum B.G.B. Art. 214.

8) Es ist herrschende Ansicht, daß nur „erworbene" Rechte durch neue Gesetze unberührt bleiben. Was aber erworbene Rechte sind, darüber bestehen sehr erhebliche Meinungsverschiedenheiten. Einige verlangen, wie im Text hervorgehoben ist, einen besonderen Erwerbstitel. Andere verstehen unter erworbenen Rechten solche Befugnisse, welche nicht auf der natürlichen Freiheit beruhen, oder allen Staatsbürgern oder gewissen Klassen derselben ohne weiteres auf Grund allgemeiner Rechtsvorschriften zustehen, sondern für die Einzelnen durch einen besonderen Rechtsgrund erworben sind, vgl. Goeppert a. a. O. S. 86 und dort Angeführte. Die Beschränkung auf erworbene Rechte hat keine Begründung in den Quellen, welche sehr allgemein von facta praeterita reden. Gegen dieselbe habe ich mich bereits in meinem Preuß. Privatrecht Bd. 1 § 30 erklärt; sie wird auch von Goeppert a. a. O. eingehend bekämpft. Die Ausschließung der Rückwirkung auf erworbene Rechte zu beschränken, ist aus inneren Gründen verwerflich. Man denke: nach früherem Gesetz endigte die väterliche Gewalt mit dem einundzwanzigsten Lebensjahre des Kindes; nach einem später eingeführten Gesetze endigte sie erst mit der getrennten Wirthschaft des Kindes. Sollen nun die Kinder, welche bei Eintritt des neuen Gesetzes einundzwanzig Jahre alt sind, aber noch keine gesonderte Wirthschaft haben, wieder Hauskinder werden? Ein erworbenes Recht im Sinne der herrschenden Theorie ist ihre Selbständigkeit nicht. Dennoch wäre es zweckwidrig und der vernünftigen Absicht des neuen Gesetzes nicht entsprechend, ihnen die Selbständigkeit wieder zu entziehen. Vgl. aber auch Gierke, Deutsch. Privr. 1 § 23 S. 192 f.

9) Savigny Bd. 8 S. 368 ff. schließt die Rückwirkung neuer Gesetze nur aus, soweit sie den *Erwerb der Rechte* betreffen. Dagegen legt er denjenigen Gesetzen rückwirkende Kraft bei, welche das *Dasein der Rechte* zum Gegenstande haben, sei es das Sein oder Nichtsein, sei es das So- oder Andersein der Rechte. Allein die Grenze zwischen beiden Klassen von Gesetzen ist nichts weniger als klar und fest, vgl. hierüber Goeppert a. a. O. S. 91. Was aber wichtiger ist: diese so tief greifende Einschränkung des Principes der nichtrückwirkenden Kraft der Gesetze ist weder aus den Quellen, noch aus dem Wesen der Sache irgendwie zulänglich begründet.

wickeln, welche sich aus ihnen nach dem Gesetze ihrer Begründungszeit ergeben. Sie unterstehen also der Herrschaft des alten Gesetzes auch nach Inkrafttreten des neuen.

Nach gemeinem Rechte konnte beispielsweise der Darlehensgeber ein ohne Zeitbestimmung gegebenes Darlehn jeder Zeit zurückfordern. Das B.G.B. § 609 bestimmt, wenn eine Zeit nicht bedungen ist, für die Rückforderung von Darlehen eine Kündigungsfrist von drei Monaten, bei Darlehen unter 100 Mark von einem Monat. Hierdurch werden Darlehen nicht betroffen, die seinerzeit unter der Herrschaft des gemeinen Rechtes gegeben wurden. Sie können jederzeit ohne vorgängige Kündigung zurückgefordert werden, auch wenn sie noch so lange nach dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes stehen bleiben.[10]

Das neue Gesetz ist maßgebend, wenn Rechte zur Zeit seines Inkrafttretens erst in der Entstehung begriffen, aber noch nicht entstanden sind.[11] Daher ist eine laufende Verjährung in der Regel nicht nach dem Gesetze zu beurtheilen, welches bei ihrem Beginne galt, sondern nach dem während des Laufes der Verjährung in Kraft tretenden Gesetze.[12 13]

Ferner erhalten bloße Erwartungen keinen Schutz. Wird z. B. unmittelbar vor dem Tode des Erblassers die gesetzliche Erbfolge in der Art geändert, daß nach ihr nicht A., dem sie nach bisherigem Recht gebührt hätte, sondern B. nächster Intestaterbe ist, so ist A. durch B. verdrängt. Denn solange der Erblasser lebte, hatte A. noch kein Erbrecht, sondern nur eine Erwartung, und nachdem derselbe verstorben ist, ergeht die Berufung nicht an ihn, sondern an B.

Neue Prozeßgesetze heben ältere auf. Von einem Rechte darauf, daß ein anhängiger Streit nach den Regeln des alten Prozesses zu Ende zu führen ist, kann keine Rede sein.

Besondere gesetzliche Vorschriften — s. g. Uebergangsbestimmungen — können dies alles natürlich modificiren.[14]

§ 44. Rückwirkende Gesetze.

Gesetze können sich rückwirkende Kraft beilegen. Dies kann durch besondere Erklärung geschehen. Eine solche liegt unter anderem darin,

10) Vgl. auch Einf.Ges. zum B.G.B. Art. 170.

11) Hiergegen führt Brinz Bd. 1 S. 98 den Ausdruck der l. 7 C. de legibus l. 14 „pendentibus negotiis“ ins Feld. Es ist aber oben — Anm. 5 — nachgewiesen, daß hierdurch die Einwirkung neuer Gesetze auf schwebende Prozesse, nicht auf schwebende Geschäfte ausgeschlossen werden soll.

12) Auch R.G. Bd. 4 S. 35 nimmt an, daß eine noch im Laufe befindliche Verjährung nach dem neuen Gesetze zu beurtheilen ist. Vgl. Einf.Ges. zum B.G.B. Art. 169.

13) Rechtsgeschäfte unter einer Bedingung unterstehen dem Rechte der Zeit des Abschlusses, nicht der Zeit des Eintritts der Bedingung, in Folge der Rückziehung der Bedingung. Siehe unten § 111.

14) Vgl. Einf.Ges. z. B.G.B. Art. 153 ff. Habicht a. a. O.

daß das Gesetz sich als authentische Interpretation eines früheren Gesetzes bezeichnet.[1] Der Wille der Rückwirkung kann aber auch, ohne besonders ausgesprochen zu sein, aus dem Inhalte des Gesetzes erhellen. Dies wird namentlich anzunehmen sein, wenn das neue Gesetz den älteren Rechtszustand um deswillen ändert, weil es ihn als schlechthin verwerflich ansieht.[2]

Der Wille des Gesetzes entscheidet auch über das Maß der Rückwirkung. Da die Rückwirkung immer etwas Außerordentliches ist, so reicht sie nicht weiter, als dies das Gesetz unzweideutig vorschreibt. Es ist eine Rückwirkung schwächeren und eine solche stärkeren Grades zu unterscheiden.

a) Die Rückwirkung ist schwächeren Grades, wenn das Gesetz in ältere Rechtsverhältnisse zwar der Art eingreift, daß sich aus ihnen von dessen Inkrafttreten an nur noch nach Maßgabe des neuen Rechtes Rechtswirkungen entwickeln, wenn es aber die bis zu seinem Inkrafttreten erwachsenen Rechtswirkungen unberührt läßt, so daß es in dieser Hinsicht bei dem bestehenden Rechtszustande verbleibt.

Ein Beispiel giebt das justinianische Recht. Nach älterem Rechte war das gesetzliche Zinsmaximum 12%. Justinian setzte dasselbe im Jahre 528 für die Regel auf 6% herab.[3] Im Jahre 529 verordnete er, daß sich dies auch auf diejenigen Zinsverträge rückwirkend beziehe, die älter als sein Zinsgesetz waren, jedoch nur hinsichtlich der Zinsen, welche nach dessen Inkrafttreten verfielen. Zinsen, welche vor dieser Zeit erwachsen waren, und die noch ausstanden, sollten nach Maßgabe des Rechtes ihrer Begründungszeit einklagbar bleiben.[4]

b) Im Falle der Rückwirkung stärkeren Grades erkennt das Gesetz auch die Rechtswirkungen nicht an, welche vor seinem Inkrafttreten aus vorher begründeten Rechtsverhältnissen erwuchsen, vorausgesetzt, daß sie noch nachher Gegenstand richterlicher Beurtheilung werden. So wurden mehrfach in Zeiten revolutionärer Bewegungen gehässige bäuerliche Lasten in der Art aufgehoben, daß man auch die Beitreibung der vor dem Aufhebungsgesetze bereits verfallenen Prästationen untersagte.

Aber auch in solchen Fällen ist es nicht als Absicht des Gesetzes zu erachten, vor seinem Inkrafttreten durch Zahlung oder durch rechtskräftiges Urtheil oder Vergleich Erledigtes nachträglich in Frage zu stellen.[5]

---

1) Vgl. oben § 37 S. 81.
2) Vgl. R.G. Bd. 42 S. 97.
3) l. 26 C. de usuris 4, 32.
4) l. 27 C. eod.
5) Vgl. oben § 37 Anm. 7.

B. Internationales Privatrecht.

§ 45. Allgemeine Grundsätze.[1]

Die gegenseitige Anerkennung der Staaten innerhalb des Kulturkreises hat zu einer gegenseitigen Anerkennung des Rechtes geführt.[2]

Allerdings ist jeder Staat im Inlande souverän. Sein Wille ist für den inländischen Richter schlechthin maßgebend. Daher stände ihm an sich frei vorzuschreiben, daß im Inlande nur nach inländischem Rechte geurtheilt und ausländisches Recht auch dann nicht beachtet werde, wenn ausländische Verhältnisse zur Entscheidung kommen.[3] Der moderne Staat macht aber von dieser Macht nur ausnahmsweise Gebrauch. Fremde Rechte sind namentlich nicht anzuwenden, wenn sie gegen das Wohl des heimischen Staates oder dessen Staatsangehöriger gerichtet sind, oder wenn sie mit der Idee der Gerechtigkeit, wie sie im heimischen Rechte

---

1) Die Litteratur giebt an das umfassende Werk von L. v. Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts 2. Aufl. 1889 2 Bde., gedrängter dessen Lehrbuch d. i. Pr.- und Strafrechts 1892, ferner Böhm, d. räuml. Herrschaft d. Rechtsnormen 1890 und die von demselben herausgegebene Zeitschr. f. internationales Privat- und Strafrecht seit 1890, Meili, Geschichte und System d. intern. P.R. 1892. Neue Grundlagen sucht in anregender Weise zu gewinnen Zitelmann, Internationales Privatrecht Bd. 1 1897, Bd. 2 1. Hälfte 1898. Von ausländischen Bearbeitungen vgl. F. Laurent. le droit civil international, Bruxelles 1880 ff., 8 Bde., Westlake, Lehrb. d. international. P.R., deutsche Ausgabe von Holtzendorff 1884. Belehrend auch Niemeyer zur Kodifikation des internationalen Privatrechts 1895. Einf.Ges. z. B.G.B. Art. 7–31 bezweckt nur einige Hauptpunkte zu kodificiren.

2) Die Römer kannten nichts Aehnliches. Sie bildeten für den Verkehr mit Angehörigen anderer Nationen, deren rechtliche Existenz sie anerkannten, wie bereits oben § 20 S. 44 bemerkt wurde, ein diesem Verkehr angepaßtes besonderes Recht — das jus gentium. Seit der Völkerwanderung kam das System der Personalität der Rechte zur Geltung, d. h. es lebte jeder nach dem Rechte des Stammes, dem er durch seine Geburt angehörte, z. B. der salische Franke nach salischem, der Alemanne nach alemannischem, der Römer, die römische Kirche und ihre Geistlichen nach römischem Rechte, vgl. Bethmann-Hollweg, Civilprozeß Bd. 5 S. 282 ff. An die Stelle trat später die Territorialität der Rechte, siehe Stobbe in Bekkers Jahrbuch Bd. 6 n. 2 „Personalität und Territorialität des Rechtes". In ihr wurzelt die s. g. Statutenkollision. Eine eingehende Theorie derselben hat zuerst Bartolus ad tit. Cod. de summa trinitate 1, 1 n. 13–51 aufgestellt, mit reicher Kasuistik und Entscheidung der Fälle, alles mit Stellen des corpus juris belegend.

3) Hieraus leitete Wächter im Archiv f. c. Pr. Bd. 24 n. 2, Bd. 25 n. 1, 4 und 12 folgende drei Sätze ab: a) Wenn und soweit das Recht unseres Staates etwas über die Frage festsetzt, nach welchem Recht ein Rechtsverhältniß zu entscheiden ist, so ist dies für den Richter maßgebend. Der Satz ist zweifellos. b) Soweit das Recht unseres Staates eine solche Entscheidung nicht ausdrücklich giebt, muß man sie aus dem Geiste unseres Rechtes und aus seinen allgemeinen Principien entnehmen. Auch dies ist nicht zu beanstanden. c) Wenn es an einer solchen Entscheidung fehlt, so hat der Richter im Zweifel das Recht seines Staates auch auf das ausländische Verhältniß anzuwenden. Die Anwendung fremder Rechte ist daher die Ausnahme, welche auch nur in wenigen Fällen eintritt. Dieser Satz wäre der praktisch wichtige. Er ist aber nicht bewiesen und steht im Widerspruche mit dem Territorialitätsprincip, von dem das Recht seit dem Mittelalter ausgeht.

waltet, in einem das Rechtsgefühl verletzenden Gegensatze stehen. Beispielsweise erkennt das gemeine Recht ein Sklavenverhältniß auch bei durchreisenden Ausländern nicht an.[4][5]

Für die Regel gilt im Gebiete des gemeinen Rechtes, wie im ganzen europäischen Völkerkreise, das *Princip der Territorialität*,[6] d. h. das Geltungsgebiet der Rechte beschränkt sich auf *Verhältnisse, welche dem Inlande angehören*. Dies entspricht dem Wesen der Sache — der aequitas — und dem gemeinsamen Nutzen. Denn im Auslande herrscht das ausländische Recht; nach ihm hat sich der dortige Unterthan zu richten und bestimmen sich die dortigen Verhältnisse. Kommen nun derartige Rechtsverhältnisse bei uns im Inlande zur richterlichen Beurtheilung, so würde die Anwendung unseres Rechtes als Zufall und Willkür, nicht als wahre Gerechtigkeit erscheinen. Wenn wir aber demzufolge dem Auslande sein Recht gewähren, so kommt dies nach der Reciprocität, die sich naturgemäß herstellt, auch unseren Staatsangehörigen im Auslande zu gute.[7]

In diesem Sinne sprechen wir von einem *internationalen Privatrechte*. Dasselbe erlangt, soweit es im einzelnen Staate gilt, formal seine Kraft durch den Willen dieses Staates, aber sein Inhalt ist in den Hauptzügen durch die Uebereinstimmung der Kulturnationen gebildet. Man spricht auch von einer *räumlichen Kollision der Rechte*. Wenn es nämlich zweifelhaft ist, welches von mehreren Rechten auf ein Rechtsverhältniß in Folge des internationalen Privatrechtes anwendbar ist, so pflegt jede Partei die Geltung des ihm günstigeren Rechtes anzurufen. So entsteht ein Widerstreit, eine Kollision, welche aber nur eine scheinbare ist. Denn für das räumliche Anwendungs-

---

4) Vgl. Kahn in Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 1, Zitelmann a. a. O. Bd. 1 S. 334.

5) Nach Einf.Ges. zu B.G.B. Art. 30 ist die Anwendung eines ausländischen Gesetzes ausgeschlossen, wenn die Anwendung gegen die guten Sitten oder gegen den „Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde."

6) Es gilt dies sowohl für verschiedene Rechte innerhalb desselben Staates, als für verschiedene Rechte verschiedener Staaten. Nach der C.P.O. § 293 besteht jedoch der Unterschied, daß der inländische Richter das in seinem Staate, aber in einem anderen Rechtsgebiete geltende Gesetzesrecht von Amtswegen kennen muß, z. B. der gemeinrechtliche preußische Richter das Recht des Gebietes des allgemeinen Landrechtes. Die *in einem anderen Staate* geltenden Rechte aber muß, wie Gewohnheitsrecht, der Richter nicht von Amtswegen kennen, darf sie aber von Amtswegen erforschen, vgl. oben § 28 Anm. 5, Zitelmann a. a. O. Bd. 1 S. 287. Das Reichsgericht hat sämmtliche im deutschen Reiche bestehenden Rechte von Amtswegen zu kennen.

7) Diese Gedanken hat namentlich Savigny, System Bd. 8 S. 8 ff. siegreich vertreten.

gebiet eines jeden Rechtes besteht grundsätzlich eine Grenze, es kommt nur darauf an, sie zu ermitteln.[8]

Die Grenzbestimmung ist Aufgabe der Wissenschaft und der Praxis. Die Praxis hat sie in vielen und wichtigen Beziehungen im Laufe der Jahrhunderte endgültig getroffen. Zahlreiche Punkte sind aber noch mehr oder weniger offen. Hier ist die Praxis des Reichsgerichtes von besonderer Bedeutung, welche den deutschen Gerichtsgebrauch fixirt.

Die Schwierigkeit der grundsätzlichen Lösung liegt in Folgendem. Die Aufgabe ist die räumliche Abgrenzung des Geltungsbereiches der Gesetze. Die Rechtsverhältnisse, welche betroffen werden, sind jedoch nichts Räumliches, sie haben nur räumliche Beziehungen, nach denen die Abgrenzung erfolgt. Diese Beziehungen sind oft mannigfache. Es gilt dann, die *entscheidende räumliche Beziehung* zu finden.[9] Man unterscheidet zu diesem Behufe von Alters her:[10]

1. Statuta personalia, d. h. Rechtsnormen bezüglich der *Personen* als solcher. Sie betreffen die *Einwohner* ihres Geltungsbereiches.

2. Statuta realia, d. h. die Rechtsnormen über *Immobilien*. Sie betreffen diejenigen Immobilien, welche in ihrem *territorialen Geltungsbereiche liegen*. Entsprechend erachtet man auch die Rechtsnormen über Mobilien für die in ihrem Geltungsbereiche befindlichen Mobilien als maßgebend.

3. Die ältere Theorie bezeichnete als Statuta mixta solche Rechtsnormen, welche weder das Personenrecht noch das Sachenrecht betreffen, sondern z. B. die Forderungsrechte. Sie gelangte aber zu allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen hinsichtlich des Geltungsbereiches dieser Rechts-

---

8) Vgl. aber auch Kahn in Iherings Jahrb. Bd. 30 S. 1 ff. über — wahre — Gesetzeskollisionen.

9) Savigny stellt a. a. O. S. 107 ff. folgende Formel auf. Die Aufgabe gehe dahin, daß bei jedem Rechtsverhältniß dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältniß seiner eigenthümlichen Natur nach angehört, *worin dasselbe seinen Sitz hat*. Diese Formel hat vielfach Beifall gefunden, z. B. bei Regelsberger Bd. 1 § 39 Anm. 2, Gierke, deutsch. Privr. Bd. 1 § 25 S. 217 ff.; sie ist auch in der Praxis, insbesondere in den Entscheidungen des Reichsgerichts beliebt. Aber wenn auch die Ergebnisse Savignys in Folge seines praktischen Blicks richtige sind, so ist doch seine Formulirung des Grundprincips nicht zutreffend. Denn Rechtsverhältnisse und Rechtsfragen sind nichts Körperliches und nur das Körperliche hat einen Sitz im Raume. Es liegt also bestenfalls nur ein Bild vor. Der Klarstellung der Grundsätze wird hiermit nicht gedient. Vgl. mein preuß. Privatrecht Bd. 1 § 26 Anm. 6, siehe auch Brinz Bd. 1 S. 120 Anm. 8, Hartmann im Archiv für civ. Praxis Bd. 65 S. 163, Bar, Theorie a. a. O. Bd. 1 S. 77.

10) Dieser Schematismus gehört dem 17. Jahrhundert an, vgl. Wächter a. a. O. Bd. 24 S. 278; früher unterschied man einfacher, ob das Statut de personis oder de rebus oder de solennitate actus disponire.

normen nicht. Auf diesem Gebiete besteht noch jetzt zum großen Theile Kontroverse.[11]

§ 46. Personalstatuten. Domicil.

Die Personalstatuten bestimmen das Personenrecht der Einwohner ihres Geltungsbereiches. Ueber ihre Anwendung entscheidet also das Domicil, nicht, wie manche annehmen, das Staatsbürgerrecht.[1]

1. Domicil — Wohnsitz — eines Menschen ist der Mittelpunkt seiner Thätigkeit, in diesem Sinne sein regelmäßiger Aufenthaltsort.[2] Derselbe fordert:

a) den Willen des regelmäßigen Aufenthalts an einem Orte, den man zum Mittelpunkte seiner Lebensverhältnisse macht;[3] Aufenthalt, welcher als bloß vorübergehend gedacht ist, z. B. als Studierender[4] oder zum Besuch, begründet kein Domicil, auch wenn sich der Aufenthalt fort und fort verlängert;

---

11) Etwas ganz anderes versteht Zitelmann a. a. O. S. 124 unter Personal-, Sach- und Gebietsstatut. Das erste ist ihm die gesammte Rechtsordnung desjenigen Staates, welchem die Person angehört, an der oder gegen die das bei dem Rechtsfall streitige Recht bestehen soll. Sachstatut bedeutet ihm die gesammte Rechtsordnung des Gebiets, in welchem sich die Sache, um die es sich bei dem Rechtsfall handelt, befindet; Gebietsstatut schließlich die Rechtsordnung desjenigen Staates, für dessen Gebiet ein Recht in Anspruch genommen wird, welches Herrschaft über einen sonstigen Handlungsinhalt gewährt.

1) R.G. Bd. 8 S. 146, Bd. 14 S. 184. Den Bürger nennen die Römer civis, den Einwohner incola; das Bürgerrecht bezeichnet origo. den Wohnsitz domicilium. Viele Gesetzgebungen legen das Gewicht auf das Staatsbürgerrecht, vgl. Niemeyer a. a. O. S. 115 ff. Stobbe I § 30 S. 235. Nach Einf Ges. z. B.G.B. Art. 7 richtet sich die „Geschäftsfähigkeit" — unten § 49 — nach der Staatsangehörigkeit.

2) Ueber den Begriff des Domicils siehe Bar, Theorie Bd. 1 S. 151, Wach, Civilprozeßrecht Bd. 1 S. 399, R.G. Bd. 15 S. 367, l. 7 § 1 C. de incolis 10, 40 Diocletianus. Et in eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil advocet, unde, cum profectus est. peregrinari videtur, quo si rediit peregrinari jam destitit. Aehnlich schon Alfenus Varus in der l. 203 D. de V. S. 50, 16. Wie unser Text das japanische Gesetzbuch, übersetzt von Loenholm § 21: „Der Wohnsitz eines Menschen ist an dem Orte, welcher den Mittelpunkt seiner Lebensthätigkeit bildet". B.G.B. § 7 bestimmt: „wer sich an einem Ort ständig niederläßt, begründet an diesem Ort seinen Wohnsitz." — Das Domicil begründet den allgemeinen Gerichtsstand einer Person, C.P.O. § 13. In dieser Beziehung trifft die C.P.O. §§ 14 ff. Bestimmungen über das Domicil.

3) Verbringung ins Irrenhaus giebt dort kein Domicil; ebensowenig solche ins Arbeitshaus, Gefängniß, Zuchthaus. Vgl. Bar, Theorie, S. 155 Anm. 15.

4) l. 2 C. de incolis 10, 40. Wer zehn Jahre am Studienort Studirens halber blieb, galt nach einer Verordnung Hadrians als dort niedergelassen. Dies wurde nicht gemeinrechtlich. Hat der Pächter, welcher auf dem Pachtgut wohnt, dort sein Domicil? — Das hängt von den thatsächlichen Umständen ab. Daß er nur auf Zeit gepachtet hat, schließt es nicht schlechthin aus. Seuff. A. Bd. 20 n. 183. Vgl. C.P.O. § 21 Abs. 2. — Der Eintritt eines Volljährigen in ein Dienstverhältniß behufs des Erwerbes seines Lebensunterhalts begründet seinen Wohnsitz am Orte, wo er sich zur Erfüllung seiner Dienstpflicht aufhält.

b) die Bethätigung jenes Willens durch entſprechende Handlungen, z. B. durch Beziehen einer Wohnung. Unterbrechungen wenn auch längerer Dauer kommen nicht in Betracht. Der Geſchäftsreiſende z. B., welcher Jahr aus Jahr ein auf Reiſen iſt, aber in Berlin ſein Heim nahm und einrichtete, hat dort ſein Domicil, wenn er auch nur kurze Zeit dort ausruht.

Man kann ſeinen Wohnſitz auch da haben, wo man ein Wohnrecht nicht hat. Denn man kann erwarten, daß die Obrigkeit von dem Rechte der Ausweiſung keinen Gebrauch macht.[5]

In der Regel verliert man ſein bisheriges Domicil erſt mit dem Erwerbe eines anderen. Es kommt aber auch Verluſt des Domiciles ohne Begründung eines neuen vor.[6] Für das internationale Privatrecht gilt jedoch das aufgegebene Domicil als noch fortbeſtehend bis zur Begründung eines neuen.

In einigen Fällen ſchreibt das Geſetz jemandem im Intereſſe des Verkehrs von Rechtswegen ein Domicil zu, ohne Rückſicht darauf, ob er es thatſächlich hat oder haben will, weil er es dort haben ſoll. Ein ſolches nothwendiges Domicil — necessarium — haben insbeſondere Beamte an ihrem Amtsſitze,[7] Ehefrauen am Ort des Domicils ihres Ehemannes.[8][9] Es iſt möglich, an verſchiedenen Orten zugleich Domicil zu haben.[10] Für das internationale Privatrecht iſt das frühere Domicil das entſcheidende.

2. Zu den Perſonalſtatuten gehören folgende Kategorien von Rechtsnormen:

a) die über die Handlungsfähigkeit einer Perſon; insbe-

---

5) R.G. Bd. 8 S. 146 ff.

6) Auch nach B.G.B. Dies iſt z. B. in Folge einer Ausweiſung, aber auch durch Willensentſchluß möglich. Freilich ſcheint es, daß manche römiſche Juriſten nur eine Translation des Domicils, keine Aufgabe deſſelben ohne Wahl eines neuen zuließen, vgl. l. 20 D. ad municip. 50, 1. Paulus libro 24 quaestionum. Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione. l. 1 C. de incolis 10, 40. Anders aber Ulpian libro 2 ad edictum l. 27 § 2 D. h. t. 50, 1: difficile est sine domicilio esse quemquam: puto autem et hoc procedere posse, si quis domicilio relicto naviget vel iter faciat. Ulpians Auffaſſung war keine glückliche. Nur die Wahl des Domicils kann füglich dem Einzelnen freigegeben werden, nicht die Frage, ob er ein Domicil haben will.

7) Nach B.G.B. § 9 gilt dies nur für Militärperſonen.

8) l. 23 § 1, l. 38 § 3 D. ad municip. 50, 1. Savigny a. a. O. 101 ff. B.G.B. § 10.

9) Eheliche Kinder theilen den Wohnſitz des Vaters, uneheliche den Wohnſitz der Mutter, bis ſie denſelben in rechtsgültiger Weiſe aufgegeben haben. Die Kinder können, wenn ſie großjährig ſind, einen anderen Wohnſitz wählen, vgl. l. 3, l. 4, l. 6 § 1, l. 17 § 11 D. ad mun. 50, 1. Uebereinſtimmend B.G.B. § 11.

10) l. 5, l. 6 § 2, l. 27 § 2 D. h. t. 50, 1. Ebenſo B.G.B. § 7 Abſ. 2.

sondere bestimmt sich die Dauer der Minderjährigkeit sowie der Umfang der Beschränkungen der Minderjährigen nach dem Rechte ihres Domicils.[11]

b) Das Gleiche gilt, obgleich dies manche bestreiten, bezüglich der Rechtsfähigkeit und persönlichen Stellung des Menschen, z. B. seines Namens, Standes.[12]

c) Auch die Familienrechte sind hierher zu rechnen. Doch sind die entscheidenden Ortsbeziehungen für die einschlägigen Verhältnisse verschiedene. Die Fähigkeit zur Eingehung der Ehe bestimmt sich für jeden Verlobten nach dem Orte seines Domicils; für die Form der Eheschließung genügt die Beobachtung der Norm des Ortes ihrer Vornahme. Das erste Ehedomicil, d. h. das des Ehemannes nach der Eheschließung, bestimmt dauernd das eheliche Güterrecht der Gatten. Dies gilt auch im Falle späterer Verlegung des Ehedomicils, denn es ist nicht anzunehmen, daß die Normen des neuen Domicilortes dazu bestimmt sind, in bereits begründete eheliche Güterverhältnisse einzugreifen.[13] Dagegen richten sich die persönlichen Verhältnisse der Ehe-

---

11) Abweichend Zitelmann a. a. O. Bd. 2 S. 69. Eine Modification findet sich im Art. 84 der Wechselordnung. Sie ist auf das Wechselrecht zu beschränken.

12) Den Satz verwirft Stobbe a. a. O. Bd. 1 § 30 unter II. Er erleidet freilich mannigfache Beschränkungen. Es ist namentlich richtig, wie R.G. Bd. 2 S. 145 ff. ausführt, daß die Rechtsnormen des Privatfürstenrechts des hohen Adels nicht territorialer, sondern personaler Natur und für die Beurtheilung der Rechtsverhältnisse der Standesherren maßgebend sind, ohne Rücksicht auf ihren jeweiligen Wohnort, selbst wenn derselbe außerhalb Deutschlands sein sollte. Zweifelhaft ist jedoch der hieraus vom Reichsgericht in jenem Erkenntnisse gezogene Schluß. Wenn ein Mitglied eines solchen Geschlechtes im Auslande domicilirt oder eingebürgert ist und dort eine Ehe schließt, die nach deutschem Privatfürstenrecht nicht standesgemäß ist, im Ausland aber als vollgültig angesehen wird, so hält das Reichsgericht die Aberkennung des Titels und Wappens des fürstlichen Geschlechtes gegenüber der Frau und folgerecht auch gegenüber den Nachkommen aus solcher Ehe für zulässig. Unterstellen wir, diese Kinder sind Franzosen oder Russen. Sie haben nach ihrem Heimathsrechte Namen Titel und Wappen ihres legitimen Vaters. Sollten sie in Deutschland ihres Namens beraubt sein? Nur das ist zweifellos, daß sie dem deutschen hochadeligen Geschlechte nicht zugehören. Doch wie das R.G. auch Gierke, Iherings Jahrb. Bd. 35 S. 149.

13) Die Frage ist eine sehr bestrittene, vgl. Teichmann, Wandelbarkeit oder Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechts, Basel 1879, Silberschmidt, eheliches Güterrecht und Erbrecht in Böhm's Zeitschrift, Bd. 3 S. 132. Wenn man früher die Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechts durch die Unterstellung eines stillschweigenden Vertrages der Nupturienten zu begründen suchte, sich dem Rechte des ersten Ehedomicils zu unterwerfen, so war diese Stütze freilich eine sehr gebrechliche. Unzählbare Personen verehelichen sich z. B. in Berlin und nehmen dort ihr erstes Ehedomicil, ohne zu wissen, daß ihr Güterrecht, wenn sie keinen Vertrag abschließen, das der constitutio Joachimica von 1527 wird, und ohne zu ahnen, welche Bestimmungen gemäß derselben gelten. Es bedarf aber auch dieser Stütze nicht. Die Frage ist derzeit für die Praxis erledigt durch R.G. Bd. 6 S. 223, R.G. Bd. 12 S. 389, Seuff. A. Bd. 43 S. 196, wonach auch entgegenstehender partikularer Gerichtsgebrauch nicht berücksichtigt wird. Einf.Ges. z. B.G.B. Art. 15 läßt „das eheliche Güterrecht nach

gatten nach ihrem jeweiligen Ehedomicil, denn in dieser Hinsicht ist das Ortsrecht schlechthin zwingend; nach demselben bestimmt sich auch ihr Ehescheidungsrecht.[14]

d) Die neuere gemeinrechtliche Wissenschaft und Praxis nimmt an, daß sich das Erbrecht nach dem letzten Domicile des Erblassers richtet.[15] Dies gilt unter anderem für die Frage, welches gesetzliche Erbrecht eintritt, sowie für Bestehen und Umfang der Pflichttheilsrechte[16] von Blutsverwandten und von Ehegatten, nicht minder für die Fähigkeit zum Erwerb der Erbschaft,[17] die Weise ihres Erwerbes, die Geltung von Erbverzichten. Für die Form des Testamentes genügt die des Errichtungsortes.

§ 47. Ortsrecht der belegenen Sache.

1. Seit alter Zeit gilt, daß sich Rechte an Grundstücken — Immobilien — nach dem Rechte des Ortes bestimmen, wo sie liegen. Nach diesem Rechte richtet sich beispielsweise Entstehung und Umfang der Eigenthumsrechte, von Nachbarrechten, von dinglichen Rechten an Grundstücken, z. B. von Wegerechten, Jagdrechten, Pfandrechten. Das Ortsrecht der belegenen Sache gilt aber auch ausschließlich für die Formen der Veräußerung und der dinglichen Belastung von Grundstücken. Nach ihm entscheidet sich z. B., ob der Eigenthumsübergang des Grundstückes durch Tradition, wie nach gemeinem Rechte, oder durch Erklärung beim Grundbuchrichter — Auflassung —, wie nach preußischem Rechte, oder etwa durch einfachen Vertrag, wie nach französischem Rechte, vollzogen wird.

Die Frage jedoch, ob jemand die persönliche Fähigkeit hat, Grundstücke zu erwerben oder zu veräußern, ist, soweit es sich um die allgemeinen Grundsätze des Personenrechtes handelt, nach den Personalstatuten des Betheiligten zu beantworten.[1] Will z. B. ein einund-

den deutschen Gesetzen beurtheilen, wenn der Ehemann zur Zeit der Eheschließung ein Deutscher war."

14) Vgl. R.G. Bd. 9 S. 192, Bd. 16 S. 138, Seuff. A. Bd. 47 n. 259. Da dasselbe vom Ehemann bestimmt wird, so kann die Ehefrau hierdurch benachtheiligt werden. Nach Einf.Ges. z. B.G.B. Art. 17 ist für die Ehescheidung das Recht des Staates maßgebend, dem der Ehemann zur Zeit der Erhebung der Klage angehört.

15) Hierfür war namentlich die Ausführung Savignys a. a. O. S. 295 ff. von Gewicht. Nach Einf.Ges. z. B.G.B. Art. 24 wird ein Deutscher, auch wenn er seinen Wohnsitz im Ausland hatte, nach den deutschen Gesetzen beerbt.

16) R.G. Bd. 8 S. 146.

17) R.G. Bd. 25 S. 242.

1) Vgl. Savigny S. 181 ff. Abweichend z. B. Stobbe § 32 Anm. 5. Vgl. auch Gierke, Deutsch. Privr. Bd. 1 § 26 S. 227.

zwanzigjähriger Oesterreicher sein in Deutschland belegenes Grundstück veräußern, so bedarf er der Zustimmung seines Vormundes. Denn er ist als Oesterreicher minderjährig und bevormundet bis zum vierundzwanzigsten Jahre, und es kommt ihm nicht zu gute, daß er mit dem einundzwanzigsten Jahre großjährig würde, wenn er ein Deutscher wäre. Dagegen sind die Immobiliarstatuten maßgebend, soweit sie die Fähigkeit zum Erwerb und zur Veräußerung von Grundstücken von besonderen Erfordernissen abhängig machen. Es bestimmt sich z. B. die Fähigkeit einer ausländischen juristischen Person, Grundeigenthum in Preußen zu erwerben, nach dem Ortsrechte der belegenen Sache.

Die ältere Theorie ging überwiegend davon aus, daß sich zwar das Mobiliarvermögen nach dem letzten Domicil des Erblassers, das Immobiliarvermögen aber nach dem Ortsrechte der belegenen Sache vererbe. Die neuere Theorie und Praxis hat diese Auffassung verlassen. Denn man succedirt in die Erbschaft als in eine Einheit; eine Zerreißung der Erbsuccession nach den Bestandtheilen des Nachlasses widerspricht der Idee des Erbrechtes und ist unzweckmäßig. Wenn jedoch die Grundstücke nach dem Rechte ihres Ortes einem besonderen Erbrechte unterliegen als Lehen, Fideikommisse, Stammgüter, Bauerngüter, so ist dieses Ortsrecht maßgebend.

2. Aeltere Theorien wollen die Mobilien nach dem Ortsrechte des Domiciles ihres Besitzers beurtheilen. Man drückte dies aus durch den Satz „mobilia ossibus inhaerent".

Die jetzt herrschende Ansicht ist, das sich Rechtsverhältnisse, welche Mobilien unmittelbar zum Gegenstande haben, nach dem Rechte des Ortes bestimmen, an dem sie sich befinden.[2] Verändern sie jedoch bestimmungsgemäß regelmäßig den Ort, z. B. Flußfrachtschiffe, so ist das Domicil ihres Besitzers maßgebend.

§ 48. Andere Regeln des internationalen Privatrechtes. Forderungsrechte.

1. Alten Rechtens ist die Regel locus regit actum, d. h. die Formen, welche für ein Geschäft am Orte seiner Errichtung erfordert sind, reichen für dasselbe aus, auch wenn es an einem anderen Orte wirksam werden soll.[1] Dies gilt für Geschäfte unter Lebenden,

2) So Wächter a. a. O. Bd. 25 S. 385 ff., Savigny S. 171 ff., R.G. Bd. 8 S. 113, Bd. 11 S. 55. Vgl. Donle im Archiv f. öff. Recht Bd. 8 S. 249, 513. Vgl. auch Einf Ges. z. B.G.B. Art. 11 Abs. 2.

1) So schon Bartolus ad Cod. de summa trinitate n. 14. Vgl. Mankiewicz über den Satz „locus regit actum", Bresl. Inaug.Diss. 1891, Zitelmann a. a. O. Bd. 2 S. 143.

z. B. für Schenkungen, Eheschließungen, wie für Geschäfte von Todeswegen, insbesondere für Testamente. Es genügen aber auch die Formen des Rechtsgebietes, in welchem das Rechtsgeschäft zu wirken bestimmt ist.[2]

2. Sehr streitig ist, welchem Ortsrecht *Vertragsobligationen*, abgesehen von der Form der Vertragsschlusses, unterstehen?

Obligationen sind weniger als irgend ein anderes Rechtsverhältniß an ein bestimmtes Territorium gebunden, ihm von Natur zugehörig — denn es handelt sich um Leistungen, welche nicht selten unbeschadet ihres Wesens an ganz verschiedenen Orten erfüllt werden können.

Daher läßt man, wenn verschiedene Ortsrechte in Frage kommen, zunächst den Vertrag entscheiden. Die Obligation unterliegt also in *erster* Linie demjenigen Ortsrechte, dessen Anwendung die *Kontrahenten wollten* oder als selbstverständlich anwendbar bei dem Geschäftsschlusse voraussetzten.[3]

In Ermangelung eines besonderen Willens der Kontrahenten ist unter den räumlichen Beziehungen der Obligation die objektiv erheblichste aufzusuchen. Dies ist nicht, wie viele annehmen, der Entstehungsort der Obligation. Denn dieser Ort kann ganz zufällig, ja den Parteien unbekannt sein, z. B. auf einer Vergnügungsreise im Eisenbahnwagen. Ebenso wenig ist, wie andere meinen, der Wohnsitz des Schuldners oder gar des Gläubigers entscheidend. Er unterliegt beliebigem Wechsel und ist an sich für die Obligation gleichgültig. Eine nicht bloß äußerliche, sondern der Obligation immanente räumliche Beziehung liegt dagegen im Erfüllungsorte, d. h. dem Orte, wo die Obligation kontraktmäßig zu erfüllen ist. Das Ortsrecht des *Erfüllungsortes* ist daher für die Kontraktsobligationen in zweiter Linie maßgebend.[4][5]

---

2) R.G. Bd. 1 S. 322. Für die Uebereignung oder dingliche Belastung von Sachen müssen die Formen des Orts der belegenen Sache eingehalten werden. S. oben § 47.

3) R.G. Bd. 24 S. 113 und dort angef. Entsch. R.O.H.G. Bd. 12 S. 55. Savigny S. 110 erkennt den Einfluß freiwilliger Unterwerfung unter ein bestimmtes örtliches Recht in sehr ausgedehntem Maße an. Da der Wohnsitz, nach welchem sich das gesammte persönliche Recht richte, durch völlig freie Wahl eines jeden bestimmt werde, so könne auch für einzelne Rechtsverhältnisse die freie Unterwerfung unter ein bestimmtes örtliches Recht keinem Zweifel unterliegen. Diese Begründung ist nicht unbedenklich. Für Regelsberger Bd. 1 § 40 Anm. 13 ist daher die Beachtung des Parteiwillens bei Bestimmung des maßgebenden Rechts nichts als ein „falscher", auch in gerichtlichen Erkenntnissen viel spukender Gedanke. In der That handelt es sich aber um einen praktisch zweckmäßigen, ja kaum entbehrlichen, durch den Gerichtsgebrauch befestigten Rechtssatz.

4) Für den Erfüllungsort ist namentlich Savigny a. a. O. S. 205 eingetreten. Er stützt die Anwendung des Rechtes des Erfüllungsortes vorzugsweise auf die vermuthete freiwillige Unterwerfung der Vertragschließenden unter dieses Recht. Hiergegen polemisirt Bekker, die Couponsprozesse. Seine Polemik ist zum Theil berechtigt, seine allgemeinen Erörterungen sind vielfach zutreffend, seine Ergebnisse aber, wonach der

Es kann übrigens dasselbe Schuldverhältniß nach verschiedenen Richtungen hin verschiedenen Ortsrechten unterliegen. Die Schwierigkeiten, welche hieraus erwachsen, zu lösen, ist Sache der Einsicht des Richters, welcher das Zweckmäßige als Intention seiner Rechtsordnung anzusehen hat.[6]

Unter welche Gesetze die *Verjährung* eines Forderungsrechtes fällt, ist vorzugsweise streitig. Manche wenden die Verjährungsgesetze des Ortes der Klage an, dies führt aber zu unbilligen Resultaten, da der Ort, wo geklagt werden muß, oft von zufälligen Umständen abhängt. Auch ist die Grundlage dieser Ansicht nicht haltbar, daß nämlich die Verjährung ein prozessualisches Institut sei. Deshalb neigt sich die neuere Praxis dahin, daß für die Verjährung der Forderungsrechte das örtliche Recht maßgebend sei, welchem die Obligation überhaupt unterliegt.[7]

3. Nach dem Rechte des Ortes der *Verübung einer schuldhaften That* — eines Delikts — bestimmen sich deren civilrechtliche Folgen.[8]

Erfüllungsort nur in beschränkter Weise berücksichtigt werden soll, sind unhaltbar. Mit sicherem juristischem Blick hat Savigny die Bedeutung des Erfüllungsortes für die Obligation erkannt. Sind die Deduktionen, mit denen er den Satz begründet, nicht ausreichend, so sind dieselben zu ergänzen, wie wir dies im Texte versucht haben; die Ansicht Savignys fällt nicht mit ihrer Begründung. — Die Reichsgerichte haben die subsidiäre Geltung des Rechtes des Erfüllungsortes anerkannt und dieselbe auch Bekker gegenüber aufrecht erhalten, R.O.H.G. Bd. 9 S. 7 ff., Bd. 23 S. 209, R.G. Bd. 6 S. 126, Bd. 14 S. 239. Das Einf.Ges. z. B.G.B. hat über die wichtige Frage absichtlich nichts bestimmt. Der 24. Juristentag hat sich für die subsidiäre Geltung des Rechts des Erfüllungsortes auch unter der Herrschaft des B.G.B. ausgesprochen, vgl. die Gutachten von Neumann und Seeler, sowie die Referate von Enneccerus und Mitteis.

5) Entsprechend bezüglich der Rechtsfolgen des Verlöbnisses, insbesondere im Falle seines Bruchs, R.G. Bd. 20 S. 334.

6) Klar ist es, daß der Umfang der Verpflichtung des Bürgen, namentlich die Frage, ob ihm die Einrede der Vorausklage zusteht, sich nach dem Orte richtet, wo *er* zu erfüllen hat, nicht nach demjenigen, an welchem der *Hauptschuldner* zu erfüllen hat, R.G. Bd. 9 S. 185, Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 26 S. 234. Zweifel erregte vorzugsweise das unklare und unrichtige Dogma der Einheit der Obligation des Bürgen und Hauptschuldners, worüber das Nähere unten Bd. 2 § 76. — Ueber Zinsen vgl. R.O.H.G. Bd. 16 S. 15, R.G. Bd. 14 S. 131, Regelsberger Bd. 1 § 44 Anm. 6.

7) R.G. Bd. 9 S. 226. Ueber die Litteratur der Frage vgl. Grawein, Verjährung und gesetzliche Befristung 1880 S. 195 ff.

8) R.G. Bd. 7 S. 378. Seuff. A. Bd. 47 n. 3 (R.G.), Regelsberger Bd. 1 § 44 Anm. 10. Vgl. auch Einf.Ges. z. B.G.B. Art. 12. Bei einem durch einen Brief verübten Delikt ist nicht der Ort der Aufgabe, sondern der *Ankunft* maßgebend, R.G. Bd. 19 S. 382, vgl. aber auch R.G. Bd. 18 S. 23.

Zweiter Abschnitt.

Das Rechtssubjekt.

§ 49. Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit.

1. *Rechtsfähig* oder Rechtssubjekt oder Person ist, *wer Rechte haben kann*,[1][2] wer also eines selbständigen Antheiles an den Lebensgütern fähig ist.[3] Der Rechtsfähige ist in der Regel auch zu rechtlich anerkannten Handlungen fähig. Gleichwohl kann solche Handlungsfähigkeit rechtsfähigen Personen fehlen. Dies ist bei Kindern und Geisteskranken der Fall; beschränkte Handlungsfähigkeit haben Minderjährige und entmündigte Verschwender. Rechtfähigkeit und Handlungsfähigkeit heben sich daher scharf von einander ab.

2. *Handlungsfähig* ist, *wessen Wollen und Wissen* rechtlich beachtet wird. Man unterscheidet *Geschäftsfähigkeit*, d. h. Fähigkeit zum Abschluß von Rechtsgeschäften,[4] und *Deliktsfähigkeit*, d. h. Zurechnungsfähigkeit im Falle der Vornahme verbotener Handlungen.

Rechtsfähigkeit sowie Handlungsfähigkeit werden durch zwingende Rechtsnormen geregelt. Man kann sich daher durch Privatübereinkunft seiner Handlungsfähigkeit nicht ganz oder theilweise begeben. Es ist namentlich rechtlich wirkungslos, wenn man sich freiwillig unter eine Vormundschaft stellt.[5]

3. Es giebt zwei Kategorien von Rechtssubjekten. Die eine bilden die *physischen Personen* — meist die *natürlichen* genannt — d. h. die *Menschen*; die andere die *juristischen Personen*, d. h. sociale *Organisationen* mit selbständiger Rechtsfähigkeit.[6]

---

1) Unter persona verstehen die Römer sehr oft *Menschen als solche*, also auch Sklaven, l. 86 § 2 D. de legatis I. l. 215 D. de V. S. 50, 16. Aber in einem specielleren Sinne dient der Ausdruck zur Bezeichnung des *rechtsfähigen Menschen*, l. 22 D. de fidejussoribus 46. 1. Daher sagt Theodos. II. Nov. XVII 1 § 2 „servos quasi nec personam habentes", und Theophilus zum pr. J. de stip. serv. 3, 17 nennt die Sklaven *ἀπρόσωποι*. Was außer dem Menschen Rechtsfähigkeit hat, von dem sagt l. 22 D. de fidejussoribus cit. „personae vice fungitur".

2) Status ist die einem bestimmten Menschen oder einer bestimmten Personenklasse zukommende Rechtsstellung, Pernice, Labeo Bd. 1 S. 96.

3) oben § 39. Die Rechtsfähigkeit ist *Voraussetzung* der Rechte, aber auch *selbst ein wichtiges Recht*, wie z. B. bei (partikularrechtlicher) Verleihung der Korporationsrechte — vgl. unten § 63 — hervortritt.

4) B.G.B. behandelt die Geschäftsfähigkeit in den §§ 104 ff.

5) R.G. Bd. 4 S. 162.

6) Bekker in Iherings Jahrbuch Bd. 2 n. 1 zur Lehre vom Rechtssubjekt verhält sich kritisch zum Begriff des Rechtssubjektes und will sich mit den Begriffen

4. Sind *subjektlose* Rechte möglich? Hierüber streitet man lebhaft.[7] Häufig gebühren Rechte nicht den gegenwärtigen Personen, werden vielmehr *künftigen* vorbehalten, z. B. einem Embryo oder auch — was besonders durch Vermächtnisse möglich ist — einem künftig zu Koncipirenden, der vielleicht erst in ferner Zukunft erscheinen kann. In solchen Fällen kann man mit einem gewissen Anschein sagen, die Rechte sind subjektlos, weil sie sich nicht an *gegenwärtige* Existenzen knüpfen. In Wirklichkeit handelt es sich aber nicht um eine bloße *Negation*, sondern um die Beziehung des Rechtes zu einer künftigen *erhofften Person*. Diese allerdings zunächst nur vorgestellte Person ist für den Fall ihrer dereinstigen Existenz das Rechtssubjekt. Die Römer suchen in Fällen dieser Art möglichst durch Fiktion eine gegenwärtige konkrete Person zu bilden, auf welche sie das Recht beziehen. Insbesondere betrachten sie den Embryo, soweit ihm Rechte zugeschrieben werden, wie eine bereits bestehende Person.

„Genießer" und „Verfüger" genügen lassen. Wo ein Genießer und ein Verfüger da sei, gewährt Bekker Klagerechte. Genießer können nach ihm auch Sachen sein, insbesondere Thiere, falls etwas für sie testamentarisch ausgesetzt und außerdem ein Verfüger bestellt ist. So will Bekker Klagen zulassen „im Namen" von Hunden und Pferden, von Mauern und Thürmen. Ihn schreckt nicht, daß der Richter, der namens des Hühnerhundes Tiras und der englischen Stute Bellona die ersten Klagen in die Hand bekäme, verwundert dreinschauen würde. — Mit Recht bemerkt Bierling, Kritik der Grundbegriffe Bd. 2 S. 77 ff. gegen Bekker, daß nicht der thatsächliche Genießer klageberechtigt sein kann, sondern nur, wem zu genießen zusteht, wer also Subjekt des betreffenden Genußrechtes ist. So kommt man nothwendig auf das Rechtssubjekt zurück. Der Kern der Lehre Bekkers wäre hiernach, wenn er sich auch selbst hiergegen verwahrt, daß man durch private Verfügungen beliebige Dinge zu Rechtssubjekten machen könne. Dies ist aber unrichtig. Die Rechtsfähigkeit ist juris publici. Sie steht nur bestimmten Kategorien zu, die das Recht anerkennt. Hunden und Pferden, Mauern und Thürmen ist sie vom Rechte nicht zugestanden. Vgl. Jellinek, System d. subjekt. öff. Rechte S. 77, Bernatzik im Archiv f. öff. Recht Bd. 5 S. 256. — Bekker hat Pand. Bd. 1 S. 59 seine frühere Ausführung wesentlich begrenzt. Ich belasse jedoch der Anmerkung ihre alte Fassung, weil ich dies zur Klärung der Begriffe für zweckmäßig erachte.

7) Windscheid Bd. 1 § 49 Anm. 3 bejaht die Frage nach der juristischen Möglichkeit des Bestehens von Rechten und Verbindlichkeiten ohne Subjekt. Dagegen hält Ihering, Jahrbuch Bd. 10 S. 390 den Satz, daß Rechte und Verbindlichkeiten nicht ohne Subjekt existiren, für eine der unbestreitbarsten, selbstverständlichsten Wahrheiten, so unbestreitbar, daß er eine besondere Widerlegung nicht nöthig findet. Es möchte denn auch aller Feinheit und Kunst Windscheids nicht gelungen sein, begrifflich das subjektlose Recht zu begründen. Vgl. auch Zitelmann, juristische Personen S. 33, Bekker Bd. 1 S. 58.

Erstes Kapitel.

Von den physischen Personen.

A. Die Existenz der physischen Personen.

§ 50. Beginn und Ende der Persönlichkeit.

Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit seiner Geburt und endigt durch seinen Tod.

1. Rechtsfähig ist die menschliche Geburt, wenn sie lebendig, lebensfähig und in menschlicher Gestalt zur Welt kommt.

a) Nothwendig ist selbständiges Leben, d. h. Athmen nach Vollendung der Geburt, d. h. nach der vollständigen Trennung von der Mutter.[1] Das Geborene ist rechtsfähig, auch wenn es während des Geburtsaktes verstümmelt wurde, sofern es noch nach demselben lebte.[2] Manche römische Juristen forderten, daß das Kind nach der Geburt geschrieen habe, indem sie naiverweise das regelmäßige erste Lebenszeichen als nothwendiges Zeichen des Lebens erachteten. Die Sabinianer bekämpften jedoch diese Auffassung, die auch Justinian verwarf.

Das Strafrecht schützt das Kind schon dann als Menschen, wenn dasselbe auch nur theilweise aus dem Schoß der Mutter lebend hervorgetreten ist. Denn es ist Kindesmord, wenn die Mutter ihr uneheliches Kind in oder gleich nach der Geburt tödtet. Im Sinne des Strafrechtes ist es auch nicht nothwendig, daß das Kind bereits außerhalb des Mutterleibes athmete; es genügt, daß es bei seinem Hervortreten lebte.[3]

b) Auch daß das Kind vital oder lebensfähig sei — partus perfectus — d. h. mindestens nothdürftig ausgetragen, forderten die römischen Juristen und verstanden darunter, daß es sich wenigstens 6 Monate im Mutterleibe befand. Sonst kam nur ein Abortus zur Welt, welcher nicht als eine Person galt, wenn er auch nach der Trennung von der Mutter kurze Zeit lebte.[4]

---

1) l. 3 § 1 C. de postumis 6, 29 . . . si vivus perfecte natus est. B.G.B. § 1. Vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 196, Ortloff, Beginn und Ende der Rechtsfähigkeit 1890. Bewegungen des Neugeborenen, welches nicht athmete, sind Fortwirkungen des Mutterblutes, keine Manifestationen selbständigen Lebens.

2) l. 12 § 1 D. de liberis et postumis 28, 2.

3) Strafgesetzbuch § 217, R.G. in Strafsachen Bd. 1 S. 446.

4) Früher forderte die herrschende Ansicht Vitalität nach dem im Texte dargelegten Begriffe. Diese Ansicht bekämpfte Savigny Bd. 2 S. 385 Beilage III; er fand so allgemeine Zustimmung, daß Manchen die Streitfrage als erledigt galt. Aber Wächter trat wieder in gewissem Maße für die ältere Ansicht ein in den Leipziger Programmen de partu vivo non vitali progr. I—V Lipsiae 1863—1866, von denen Fitting im Archiv für civ. Praxis Bd. 50 n. 1 einen Auszug giebt. Seitdem haben sich Viele für Wächter erklärt. Es handelt sich um zwei Fragen: a) Ist eine

In dem Sinne lebensfähig braucht aber das Kind keinesfalls zu sein, daß es mit einer zu längerem Leben befähigenden körperlichen Organisation ausgestattet ist.

c) Mißgeburten, welche nicht das Wesen des Menschen haben, sind keine Rechtssubjekte. Mißbildete Menschen dagegen sind rechtsfähig; Glieder zuviel oder zuwenig kommen daher für die Frage der Rechtsfähigkeit nicht in Betracht.[5][6]

2. Verstirbt das Kind unmittelbar nach seiner Geburt, so hebt dies die rechtlichen Veränderungen nicht auf, welche sich an seinen Eintritt in

---

unreife Geburt, die einen Augenblick lebte, Rechtssubjekt gewesen? Dies bejaht Savigny und verneint Wächter. Es kommt hierbei vorzugsweise auf die Auslegung der l. 2 C. de postumis 6, 29, einem Reskript von Diokletian und Maximian an: Uxoris abortu testamentum mariti non solvi, postumo vero praeterito, quamvis natus ilico decesserit, non restitui ruptum juris evidentissimi est, vgl. § 1 J. de exhered. lib. 2, 13. Savigny versteht unter abortus eine todtgeborene Frühgeburt, Wächter aber mit Recht jede Frühgeburt mag sie lebend oder todt zur Welt kommen. Dies entspricht dem römischen Sprachgebrauch, vgl. auch Gellius noctes atticae lib. 3 cap. 16. Nur bei dieser Auffassung hat das Reskript einen befriedigenden Sinn, denn wenn das Kind todtgeboren wäre, so käme es darauf nicht an, ob es Abortus war oder nicht. Es wäre schon um deswillen kein Rechtssubjekt, vgl. l. 129 D. de V. S. 50, 16. b) Es fragt sich weiter, ob, wie die ältere Ansicht annahm, die Geburt als unreif oder nicht lebensfähig oder Abortus anzusehen ist, welche nicht 6 Monate im Mutterleibe ausgetragen war. Auch dies entspricht den Quellen. In l. 12 D. de statu hominum 1, 5 berichtet Paulus libro 19 responsorum: Septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis. Dies heißt gewiß nicht: mit dem 7. Monate kommt ein „lebendiges" Kind zur Welt, wie Savigny erklärt, sondern, wie Wächter annimmt, ein „lebensfähiges" oder „reifes" Kind. Also ist zu schließen, ein früher geborenes ist Abort, wenn es auch kurze Zeit lebte. Dieser Schluß wird sehr unterstützt durch die Ausführung von Paulus sent. IV 9 § 1 und § 5, wonach der Mutter beim jus liberorum nur zugerechnet wird ein Kind „pleni temporis", „septimo mense natus". Savigny S. 208 führt aus, es liege kein Grund vor, anzunehmen, daß, was hiernach für die Begünstigung der Mutter galt, auch für die Rechtsfähigkeit des Kindes gegolten habe. Dies ist aber allerdings der Fall. Denn wenn das Geborene Rechtssubjekt war, so wäre nicht zu begreifen, warum es nicht wie andere verstorbene Kinder der Mutter angerechnet werden sollte. Die Anrechnung zu Gunsten der Mutter geschah sogar leichter als die Anerkennung des Kindes als Rechtssubjekt. Vgl. l. 135 D. de V. S. 50, 16. Gegen Wächter s. Bekker Bd. 1 S. 157. Aber der Schlußsatz der l. 3 C. h. t. spricht nicht, wie er annimmt, für ihn, wenn man den mit „sancimus" beginnenden Satz zusammenhält. Vgl. noch Bätschi, Vitalität, Züricher Inauguraldiss. 1887, Nitschke, Vitalität, Erlang. Inauguraldiss. 1892, Regelsberger Bd. 1 § 58 Anm. 14, Gierke, deutsch. Privr. Bd. 1 § 41 S. 359. B.G.B. kennt das Erforderniß der Lebensfähigkeit nicht.

5) l. 14 D. de statu hominum 1, 5 Paulus libro 4 sententiarum: Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur: veluti si mulier monstrosum aliquid aut prodigiosum enixa sit, partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit aliquatenus videtur effectus et ideo inter liberos connumerabitur. Vgl. l. 38 D. de V. S. 50, 16. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 204. Vgl. Sturm bei Gruchot Bd. 29 S. 283 und die dort angeführten mediciniſchen Gutachten. B.G.B. enthält keine Bestimmungen über Mißgeburten.

6) Zusammengewachsene Zwillinge bilden zwei Personen. Beide sind rechtsfähig und handlungsfähig. Thatsächlich aber ist die Ausübung ihrer Rechte und die Erfüllung ihrer Pflichten an die Mitwirkung des Zwillings gebunden.

die Reihe der Rechtssubjekte knüpften. Hat z. B. eine beim Tode ihres Mannes schwangere Wittwe ein Kind geboren, welches mit seiner Geburt Erbe seines Vaters wurde, kurze Zeit nachher aber verstirbt, so wird dessen Erbschaft eröffnet, in welcher sich der Nachlaß seines Vaters befindet. Demzufolge gelangt das väterliche Vermögen oft an andere Personen, als bei einer neuen Berufung in dasselbe der Fall sein würde. Es wird namentlich die Mutter meist Erbin ihres Kindes werden, während sie nicht oder nicht in gleichem Maße Erbin ihres Mannesgs worden wäre.[7]

3. Da die Rechtsfähigkeit mit der Geburt beginnt, der Embryo im Mutterleibe — die Leibesfrucht — also bloß als Theil der Mutter gilt, so scheint es folgerecht, ihn vor seiner Geburt noch nicht zu berücksichtigen.[8]

Dies wäre aber hart und unnatürlich. Daher haben schon die 12 Tafeln dem Embryo einen Antheil an der väterlichen Erbschaft vorbehalten, wenn diese sich während seiner Existenz im Mutterleibe eröffnete.[9] Ferner gilt der Embryo den Römern als verwandt mit Blutsverwandten, die starben, während er im Mutterleibe war, trotzdem sonst der römische Begriff der Blutsverwandtschaft gleichzeitiges Leben voraussetzt.[10] Es kann auch dem Embryo ein Kurator ernannt werden.[11] Er hat wie private, so auch öffentliche Rechte.[12] Um dies zu erklären, fingirten die römischen Juristen, das der Embryo bereits Mensch sei. Die Neueren drücken dies durch den Spruch aus „nasciturus pro jam nato habetur.“[13]

Doch diese Fiktion ist durch den Zweck beschränkt, welcher sie hervor-

---

7) l. 2, l. 3 in fine C. de postumis 6, 29.

8) l. 9 § 1 D. ad legem Falcidiam 35, 2 Papinianus libro 19 quaestionum ... partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur. l. 1 § 1 D. de inspiciendo ventre 25, 4 .. partus enim, antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum.

9) l. 3 § 9, l. 6, l. 7 D. de suis et legitimis 38, 16, l. 3 D. si pars hereditatis 5, 4, vgl. Pernice, Labeo, Bd. 1 S. 196 ff.

10) l. 3 D. de bon. poss. 37, 11.

11) Vgl. B.G.B. § 1912.

12) Andere hierher gehörige Sätze führt auf l. 26 D. de statu hominum 1, 5. In Zusammenhang steht auch der Satz, daß sich der Stand ehelicher Kinder nach dem des Vaters zur Zeit der Konception richtet. l. 7 § 1 D. de senat. 1, 9. Der Stand unehelicher Kinder richtet sich nach dem der Mutter zur Zeit der Geburt. Sie haben im Rechtssinne keinen Vater, keine Konception. Das B.G.B. §§ 1616, 1706 bestimmt nichts über den Stand als dem öffentlichen Rechte zugehörig.

13) l. 26 D. de statu hominum 1, 5 Julianus libro 69 Digestorum. Es ist dies eine dogmatische Fiktion, nicht anders wie der Satz hereditas personam defuncti sustinet d. h. der Erblasser gilt als noch forteristirend, solange seine Erbschaft noch nicht angetreten ist. Daß man übrigens die Fiktion nicht bloß zum Zwecke der Annahme der Persönlichkeit des Embryos schuf, sondern auch für die Verhältnisse von Sklavenkindern verwerthete, geht aus der l. 26 cit. hervor. Vgl. Dernburg Pfandr. Bd. 1 S. 446, siehe auch Goeppert, org. Erzeugnisse S. 172. —

rief. Sie gilt daher nur für den Fall, daß der Embryo *später Rechtssubjekt wird*, und begründet für Dritte, z. B. die Mutter des Embryos, keine Rechte, wenn derselbe als todt oder Abort zur Welt kommt.[14]

4. Das *Leben* oder den *Tod* eines Menschen, beziehungsweise Leben oder Tod *zu einer bestimmten Zeit* hat zu erweisen, wer hierauf Rechte stützt.[15] Namentlich ist dies der Fall, wenn davon, ob die eine von zwei Personen früher geboren oder gestorben ist, als die andere, Rechte abhängig sind.

Sind zwei Personen verstorben, ohne daß sich feststellen läßt, welche von beiden die andere überlebt hat, so steht hiernach das Verhältniß so als wären beide *gleichzeitig verstorben*. Keiner gilt also als zur Erbschaft des anderen berufen.[16]

In der römischen Gerichtspraxis stellten sich jedoch bei Versterben Mehrerer in einer Gefahr, z. B. Schiffbruch, Kriegsgefahr — s. g. *Kommorienten* — Vermuthungen bezüglich des Ueberlebens fest, wenn dasselbe nicht zu ermitteln war. Sind nämlich *Eltern* mit *unmündigen Kindern* in einer Gefahr umgekommen, so gelten als überlebend die *Eltern*, sind aber Eltern und *mündige Kinder* in gemeinsamer Gefahr verstorben, die Kinder.[17] Die Gefahr muß dieselbe

---

14) l. 231 D. de V. S. 50, 16. Paulus libro singulari ad S. C. Tertullianum, Quod dicimus eum, qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, cum de ipsius jure quaeritur. aliis autem non prodest, nisi natus.

15) Sturm bei Gruchot Bd. 29 S. 278. Ueber Leben und Tod eines Menschen kann ein Eid nach C.P.O. § 445 zugeschoben werden, sofern behauptet wird, daß der Delat diese Thatsache wahrgenommen hat oder hätte wahrnehmen können. Hierüber und über einen etwaigen Ueberzeugungseid vgl. R.G. Bd. 8 S. 173.

16) l. 8, l. 9 § 3, l. 16, l. 17, l. 18 D. de rebus dubiis 34, 5, l. 32 § 14 D. de don. int. vir. et uxorem 24, 1, l. 26 D. de mortis causa don. 39, 6. B.G.B. § 20. — Wie verhält es sich, wenn jemand zwei unmündige Kinder hinterläßt, und dem *letztversterbenden* den Titius substituirt, falls beide Kinder in der Unmündigkeit versterben, so daß es aber ungewiß ist, welches Kind zuletzt verstarb? Die folgerechte Antwort scheint, daß Titius in solchem Falle nichts erhält, da er nicht nachweisen kann, auf wessen Nachlaß er Anspruch hat; so l. 35 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1. Die Absicht des Erblassers kann aber gewesen sein, daß Titius *beide* Erbschaften erhalten solle, wenn beide Kinder in der Unmündigkeit versterben. Dies nämlich dann, wenn sie gegenseitig Universalerben in Folge einer wechselseitigen Substitution oder nach Intestaterbrecht gewesen wären. Substituirt der Erblasser unter solchen Umständen den Titius dem jüngstversterbenden, so geschieht dies, weil er eben nur an den Fall denkt, daß *beide* Kinder zu verschiedenen Zeiten sterben. Es kam ihm in Wahrheit bei seiner Anordnung nicht darauf an, wer früher sterben werde, sondern darauf, daß beide in der Unmündigkeit sterben. Nach der Absicht des Erblassers muß Titius daher in solchem Falle beide Erbschaften erhalten, auch wenn ungewiß ist, welches Kind zuerst starb. So l. 9 pr. D. de rebus dubiis 34, 5.

17) l. 9 § 4, l. 22. l. 23 D. de rebus dubiis 34, 5, l. 26 pr. D. de pactis dotalibus 23. 4. B.G.B. § 20, dessen Fassung übrigens nur durch die Rücksicht auf das ältere Recht verständlich wird, regelt das Verhältniß anders. — Die Vermuthung tritt nicht ein, wenn ihr Ergebniß zu einer Regelung der Nachlaßverhältnisse führen würde, welche der vermuthlichen Willensmeinung ihres Erblassers widerspräche. Wenn

sein. Stirbt daher die Mutter im Wochenbette und das Kind gleichzeitig an Entkräftung, so ist die Vermuthung unanwendbar; denn die Gefahr für Mutter und Kind war eine verschiedene.[18 19]

5. Die Frage der Existenz und die Familienstellung eines Menschen hat für das öffentliche und private Recht Bedeutung. Deshalb bildete sich die öffentliche Beurkundung der Eheschließungen, der Geburtsfälle und Sterbefälle aus. Bis in die neueste Zeit geschah sie in Anlehnung an das Tridentiner Konzil[20] durch die seitens der Geistlichen geführten Kirchenbücher. Nach dem Reichsgesetze vom 6. Februar 1875 ist sie ausschließlich Staatssache und erfolgt durch die Standesbeamten mittels Eintragung in die von ihnen geführten Bücher. Die Standesregister erbringen zwar vollen Beweis, aber den Betheiligten steht der Nachweis der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit derselben offen.

6. In Rom endete die Persönlichkeit nicht bloß durch den Tod, sondern auch durch capitis deminutio. Dieselbe war maxima, wenn sie auf dem Verlust der Freiheit, media, wenn sie auf dem Verlust des Bürgerrechtes, minima, wenn sie auf dem Verlust der bisherigen Familienstellung beruhte.[21]

Die bisherige Persönlichkeit des Deminuirten galt für das Privatrecht als vernichtet. Aber im Fall der capitis deminutio media erhielt er eine neue Persönlichkeit, wenn auch schlechterer Art als bisher; und bei der minima gewann er häufig sogar eine vortheilhaftere Rechtsstellung, als er vordem besaß. Insbesondere gilt dies im Fall der Emancipation.

Manche leugnen, daß die capitis deminutio in allen Fällen Ver-

---

daher der Testator die Herausgabe seiner Erbschaft an einen Dritten für den Fall anordnet, daß sein Erbe ohne Kinder versterben werde, und dieser Erbe mit seinem mündigen Sohne in einer Gefahr umkam, ohne daß zu ermitteln ist, wer den anderen überlebte, so gilt der Erbe als ohne Nachkommen verstorben, l. 18 § 7 D. ad S. C. Trebellianum 36. 1; vgl. auch B.G.B. § 2107.

18) Mühlenbruch im Archiv für civ. Praxis Bd. 4 S. 412 will die Präsumtion zu Gunsten der Mündigen auch zur Anwendung bringen, wenn es sich nicht um Ascendenten und Descendenten handelt, also stets, wenn Mündige und Unmündige in einer Gefahr versterben. Dies ist willkürlich und hat keinen Anklang gefunden. Die Vermuthung verwirft für uneheliche Kinder dem Erzeuger gegenüber Seuff. A. Bd. 10 n. 176.

19) Arndts § 27 Anm. 1 sieht davon ab, daß die mehreren in einer Gefahr sterben. Die von ihm angeführte l. 11 pr. D. de bon. poss. sec. tab. 37, 11 beweist aber nichts für ihn.

20) conc. Trid. sess. 24 cap. 1 u. 2.

21) l. 11 D. de cap. min. 4. 5. — Gaj. Inst. I § 161; l. 51, l. 56 D. de usufructu 7, 1. Vgl. Scheurl, Beiträge Bd. 1 S. 235, Pernice, Labeo Bd. 1 S. 172. Andere Ansichten vertreten Savigny Bd. 2 S. 60 ff., Cohn, Beiträge Bd. 1 Heft 2 S. 44.

nichtung der Persönlichkeit sei. Sie halten dies für unvereinbar damit, daß der Deminuirte bei media und minima Person bleibt. Und doch ist es eine naturwüchsige Auffassung, daß ein Mensch, welcher in neuer Familienstellung mit neuem Namen auftritt, als ein anderer gilt als der frühere. Dem gemeinen Rechte ist capitis deminutio fremd. Verlust der Freiheit findet sich nicht; Verlust des Bürgerrechtes berührt die Privatrechte nicht mehr: die capitis deminutio minima war schon im jüngsten römischen Rechte im Absterben und wurde nie recipirt.

§ 51. Lebenspräsumtion. Todeserklärung.[1]

In Rom bestanden keine gesetzlichen Vermuthungen über die Dauer des Lebens oder den Tod eines Menschen, von dem man keine Kunde hatte. Ohne Zweifel half man sich mit Wahrscheinlichkeiten je nach Lage des Einzelfalls: die freie Beweiswürdigung, wie sie in Rom nicht bloß theoretisch anerkannt, sondern auch praktisch geübt wurde,[2] machte allgemeine gesetzliche Präsumtionen entbehrlich. Erst im gemeinen Rechte wurden solche in Folge seiner strengen Anforderungen an den Beweis nothwendig.

I. Eine Vermuthung für die Fortdauer des Menschenlebens — s. g. Lebenspräsumtion — stellten die Glossatoren auf; und zwar setzten sie — freilich im Widerspruch mit der Erfahrung — das vermuthlich erlebte Alter auf 100 Jahre;[3] seit dem 17. Jahrhundert verkürzte man die Zeit auf 70 Jahre, gestützt auf den 90. Psalm.[4]

Doch die neuere gemeinrechtliche Doktrin und Praxis gab überwiegend die Lebenspräsumtion auf, soweit es sich um den Anfall von Erbschaften oder sonstigen Erwerb für einen Verschollenen handelt. Was er aber während seines nachweisbaren Lebens erworben hat, galt zweifellos noch als das Seine und wurde ihm erhalten.[5]

1) Eine mustergültige Bearbeitung dieser Lehren ist Bruns, Verschollenheit in Bekkers Jahrbuch Bd. 1 n. 5, kleine Schriften Bd. 1 n. 3, dazu Riesenfeld, Verschollenheit 1891, vgl. auch Strohal in Iherings Jahrb. Bd. 30 S. 144.

2) Reichte doch je nach Umständen aus, wenn „consentiens fama confirmat rei, de qua quaeritur, fidem." Vgl. Bruns a. a. O. S. 92 ff.

3) Glosse liquerit zu l. 2 § 4 testam. quemadmodum aperiantur 29, 3: nonne quilibet praesumitur vivere etiam usque ad centum annos, nisi probetur mortuus? vgl. l. 56 D. de usufr. 7, 1. Wann die „fama" zum Beweis des Todes genüge, erörtert bereits die Glosse und weiter Bartolus zur l. 2 § 4 cit.

4) Zuerst nahm Menochius de probat. II. 8 — geb. 1532 in Pavia, gest. 1607 — auf den 90. Psalm Bezug, Bruns a. a. O. S. 125. Wie dies dann für die Praxis maßgebend wurde, siehe bei Bruns S. 148 ff.

5) Der Angriff von Cropp, insbesondere in Heise und Cropp, juristische Abhandlungen Bd. 2 n. 5, hat entschiedenen Einfluß auf die Praxis gehabt, vgl. die Ausführungen von Bruns a. a. O. S. 195 und bei Roth deutsches Privatrecht Bd. 1

Manche Partikularrechte hielten die Lebensvermuthung fest. Sie ist in das Reichsrecht übergegangen. B.G.B. § 19.

II. Die Vermuthung des Todes wird durch gerichtliche Todeserklärung in Folge langdauernder Verschollenheit begründet.

Verschollen sind Menschen, von deren Leben oder Tod in ihrem letzten Wohnsitze ungewöhnlich lange Zeit keine Kunde einlief.

2. Die Behandlung der Verschollenheit in Deutschland war in älterer Zeit überwiegend die, daß die nächsten Erben des Verschollenen auf Antrag in dessen Habe eingewiesen wurden, vorerst gegen Sicherstellung für den Fall seiner Rückkehr. Verfloß dann eine gewisse Zeit, ohne daß man Kunde von seinem Leben erhielt, so erklärte man den Verschollenen gerichtlich für todt und erließ die Sicherheit. Den Nachlaß erhielt nach diesem System, wer zur Zeit der Einweisung — successio ex tunc — und nicht wer zur Zeit der Todeserklärung nächster Erbe war — successio ex nunc.

In Folge des Einflusses des römischen Rechtes behandelte man später das Verhältniß der eingewiesenen Erben nur als anomale Vormundschaft.[6] Derzeit tritt bis zur Todeserklärung nur die gewöhnliche Kuratel über Abwesende ein.[7]

3. Dauernde Verschollenheit berechtigt zum Antrag auf gerichtliche Todeserklärung des Verschollenen.

Hinsichtlich der Dauer der Verschollenheit entwickelten sich in Deutschland zwei Systeme.

a) Nach dem s. g. sächsischen Systeme war der Antrag begründet, wenn der Verschollene das siebzigste Lebensjahr vollendet hätte.[8] Dies galt Vielen als gemeinrechtlich,[9] jedoch ohne durchschlagende Gründe.

b) Nach dem s. g. schlesischen Systeme mußte die Verjährungszeit seit der letzten Kunde abgelaufen sein.[10] Und

§ 61 S. 367, Bekker Bd. 1 S. 164, Seuffert Archiv Bd. 15 n. 200, R.G. Bd. 25 S. 143. Entsch. des obersten L.G.'s für Bayern Bd. 13 S. 56. Die Lebenspräsumtion halten jedoch fest Bruns a. a. O. S. 193, Stobbe § 38 Anm. 22, Windscheid § 53 Anm. 2, Gierke, Deutsch. Privr. Bd. 1 § 42 S. 369.

6) Bruns a. a. O. S. 133, Stobbe Bd. 1 § 38.

7) B.G.G. § 1911. So auch schon früher nach Landesrechten, namentlich nach preußischem Rechte.

8) Tritt die Verschollenheit nach dem 70. Lebensjahre ein, so erfolgte die Todeserklärung, wenn längere Zeit keine Kunde von dem verschollenen Greise einlief; über eine feste Zeitgrenze ist man nicht einig geworden.

9) Seuff. A. Bd. 25 n. 5, Regelsberger Bd. 1 § 61 Anm. 6.

10) Vgl. Bruns a. a. O. S. 154. Dies System findet sich zuerst in einem Reskripte des Kaisers Matthias an den Rath der Stadt Görlitz von 1616.

zwar forderte man ursprünglich 30 Jahre. Das deutsche Recht begnügte sich mit 10 Jahren von der letzten Kunde und, wenn der Verschollene minderjährig war, von seiner Volljährigkeit an. Dies ist jetzt Reichsrecht.[11]

Zum Antrage auf Todeserklärung ist der gesetzliche Vertreter und sind die Interessenten befugt, insbesondere Blutsverwandte, der Ehegatte des Verstorbenen, sein Vertrags-, Testaments- oder Intestat-Erbe, der Fiskus.[12]

Das Gericht ist nicht auf die Angaben des Antragstellers beschränkt, es hat vielmehr auch von Amtswegen den Thatbestand zu ermitteln. Namentlich erläßt es Ediktalien d. h. eine öffentliche Aufforderung an den Verschollenen sowie an Dritte, die von dessen Leben oder Tod Kunde haben, dem Gerichte Nachricht zu geben.

2. Die Todeserklärung wirkt nicht bloß zu Gunsten der Partei, welche sie betrieben hat. Sie stellt den Tod für und gegen *alle* fest. Hätte z. B. der nächste *Intestaterbe* die Todeserklärung ausschließlich betrieben und erwirkt, es fände sich aber nachher ein Testament, so würde der *Testamentserbe* befugt sein, die Erbschaft für sich in Anspruch zu nehmen.

Die Todeserklärung greift wie in die Vermögensverhältnisse so auch in die Familienstellung des Verschollenen[13] ein.

3. Streitfrage war beim *sächsischen* Systeme, ob der Verschollene als todt gelte vom Augenblicke der Rechtskraft der Todeserklärung oder rückwärts hin *von der Vollendung des* 70. *Lebensjahres*. Es frug sich also, ob die Todeserklärung *konstitutiv* oder *deklaratorisch* wirke oder, wie man auch sagt, ex nunc oder ex tunc.[14 15]

4. Das gerichtliche Erkenntniß begründet nur die *Vermuthung* des Todes des Verschollenen. Sie verliert ihre Kraft, *sowie der*

11) B.G.B. § 14. Gemäß desselben beginnt die Frist mit dem Schluß des Jahres, in welchem der Verschollene den vorhandenen Nachrichten zufolge noch gelebt hat. Besondere Bestimmungen gelten für die seit einer Lebensgefahr Verschollenen. B.G.B. §§ 15—17.

12) Die Todeserklärung erfolgt im Aufgebotsverfahren der C.P.O. § 960: die besonderen Bestimmungen siehe C.P.O. §§ 961 ff.

13) Nach B.G.B. geschieht dies nicht durchgreifend. Dasselbe regelt die Wirkung der Todeserklärung für einzelne Familienverhältnisse durch besondere Bestimmungen; bezüglich der Ehe des für todt Erklärten durch § 1348.

14) Für die bloß deklaratorische Natur der gerichtlichen Todeserklärung waren die meisten Schriftsteller, insbesondere Bruns a. a. O. S. 199, Stobbe Bd. 1 § 38 Anm. 42, Windscheid Bd. 1 § 53, Gierke, Deutsch. Privr. Bd. 1 § 42 S. 376. Die Gegenansicht vertrat Oesterding Ausbeute von Nachforschungen Bd. 1 S. 342. Er fand vielfach Anklang, auch in der Praxis, vgl. Bruns a. a. O. S. 199, Roth, D. P.R. Bd 1 § 61 Anm. 119 ff.

15) B.G.B. § 18 erklärt sich für die deklaratorische Wirkung.

wahre Thatbestand aufgehellt wird. Es bedarf hierzu keines neuen Erkenntnisses.

Der für todt Erklärte kann daher, wenn er sich als lebend legitimirt, das ihm Gehörige von denjenigen fordern, in deren Hand es sich findet. Es ist ihm eine Universalklage nach Analogie der Erbschaftsklage gegen diejenigen nicht zu verweigern, welche sein Vermögen als seine Erben in Besitz nahmen.[16]

B. Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit der physischen Personen.

§ 52. Gewaltfreie und Gewaltuntergebene.

Die oberste Eintheilung der Menschen in Rom war diejenige in Freie und in Sklaven.[1] Sklaven galten als Sachen. Das gemeine Recht kennt keine Sklaverei.[2]

Des Weiteren theilte man die Menschen ein in Gewaltfreie — sui juris — und in Gewaltuntergebene — alieni juris.[3] In der älteren römischen Zeit beruhte hierauf die Gliederung der bürgerlichen Gesellschaft. Der Hausvater bildete mit den Seinen, d. h. mit der Frau in manu, mit den Hauskindern in der patria potestas, mit den Sklaven in der dominica potestas und mit Freien in sklavenähnlichem Dienstzustande — mancipium — einen besonderen Staat im Staate. Im justinianischen Rechte, in dem sich die Gewalt nur noch auf Sklaven und auf Hauskinder bezog, ist dies sehr abgeschwächt. Im gemeinen Rechte waren nur noch die Hauskinder in der Gewalt des Hausvaters bis zu ihrer wirthschaftlichen Selbständigkeit. Diese Gewalt hatte mehr den Charakter einer väterlichen Vormundschaft als denjenigen eines Herrenrechtes.

Die Hauskinder erwarben nach altrömischem Rechte allen ihren Erwerb ihrem Vater.[4] Nach justinianischem Rechte erwarben sie alles für sich, was sie nicht a patre oder ex re patris erwerben.

Hauskinder konnten Verpflichtungen selbständig übernehmen, sofern

---

16) Wer sich in Folge der Todeserklärung wie ein Erbe in den Besitz des zurückgelassenen Vermögens des Verschollenen setzte, haftet daher in der Regel bloß auf den Betrag seiner Bereicherung; nur wenn er die Unrichtigkeit der Todeserklärung kannte, hat er zurückzugewähren, was er in Besitz nahm, vgl. Roth, D. P.R. Bd. 1 § 61 Anm. 140 ff. B.G.B. § 2031 verweist auf die Analogie der Erbschaftsklage.

1) pr. J. de jure personarum 1, 3. Gaj. Inst. I § 9.

2) l. 32 D. de R. J. 50, 17. Ulpianus libro 43 ad Sabinum: Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur. Ueber die Milderungen vgl. Adolf Schmidt, die Persönlichkeit des Sklaven 1868, Pernice, Labeo Bd. 1 S. 113.

3) pr. J. de his, qui sui vel alieni juris 1, 8. Gaj. Inst. I § 48.

sie großjährig waren,[5] aber zur Aufnahme von Darlehen bedurften sie in Folge des S. C. Macedonianum der väterlichen Genehmigung.[6]

Nach jetzigem Reichsrechte sind nur Minderjährige unter elterlicher Gewalt. B.G.B. § 1026.

§ 53. Die Altersstufen. Römisches Recht.[1]

Nur allmählich erwirbt der Heranwachsende die Einsicht, wie auch die Reife des Charakters, welche zu rechtlichen Verfügungen erforderlich ist. Dabei ist die Entwickelung der Einzelnen eine verschiedene, da der eine früh reift, der andere hinter dem Durchschnitte zurückbleibt. Billigkeit scheint die Berücksichtigung der individuellen Entwickelung zu fordern. Das praktische Bedürfniß und die Rücksicht auf die Sicherheit des Ver-

---

4) Vom Rechtsstandpunkte aus war der Hausvater ausschließlicher unumschränkter Eigenthümer des Vermögens, welches seine Untergebenen durch Arbeit, Erbschaften, Glücksfälle erwarben. Daneben lief eine volksthümliche Auffassung, welcher besonders Paulus Ausdruck giebt, wonach dieses Vermögen dem Vater und seinen Kindern gemeinsam war. Die rechtliche Gestaltung des Verhältnisses wurde durch diese Auffassung an und für sich nicht berührt. Es ist nicht richtig, von einem „fiduciarischen" Eigenthume des Vaters zu sprechen. Dies ist ebensowenig zutreffend, wie die Annahme eines bloß fiduciarischen Eigenthums des Mannes an der Dos, obgleich dieselbe nach volksthümlicher Betrachtung der Frau gehörte. Es läuft eben, wie oft im römischen Rechte, neben der juristischen eine naturalistische Vorstellung her. Damit steht nicht im Widerspruch, daß dieselbe zu einzelnen positiven Rechtsbestimmungen führte; vgl. l. 7 pr. D. de bonis damnat. 48, 20. l. 11 D. de lib. et post. 28, 2, Pernice, Labeo Bd. 1 S. 109. Das Nähere unten Bd. 3 § 32.

5) Für das klassische römische Recht steht die Verpflichtungsfähigkeit der mündigen Hauskinder fest l. 39 D. de obl. et act. 44, 7, l. 141 § 2 D. de V. O. 45, 1. Ob sie im älteren Rechte anerkannt war, ist bestritten und zweifelhaft, vgl. dagegen: Mandry, Familiengüterrecht Bd. 1 S. 340, dafür: Pernice, Labeo Bd. 1 S. 105. In der klassischen Kaiserzeit konnten die Hauskinder aus ihren Schulden verklagt und verurtheilt werden. Es fragt sich aber, ob das Urtheil gegen sie vollstreckbar war. Vermögen hatten sie keines, die Möglichkeit der Exekution gegen ihre Person stellen Viele in Abrede — insbesondere Mandry, Familiengüterrecht Bd. 1 S. 103 — wegen der Kollision mit dem väterlichen Rechte. Das Richtige ist folgendes: dem Gläubiger stand gegen das verurtheilte Hauskind die Personalexekution offen, der Hausvater konnte aber interveniren. Er hatte namentlich gegen den Gläubiger das interdictum de liberis exhibendis, vgl. l. 1 § 2 D. de liberis exhibendis 43, 30. Harte Väter verderbter Söhne intervenirten oft nicht, waren vielmehr zufrieden, wenn ihr Hauskind in der Schuldknechtschaft bleiben mußte. Aus einer solchen Situation ging wahrscheinlich der Vatermord des Macedo hervor, welcher zum Verbot der Darlehne an Hauskinder ohne väterliche Genehmigung führte. Vgl. l. 1 D. de S. C. Macedon. 14, 6.

6) In Rom fehlte auch dem großjährigen Hauskinde grundsätzlich das Klagerecht, das Bedürfniß führte aber zu zahlreichen Ausnahmen. Zuerst gewährte der Prätor den Hauskindern Klagen wegen ihnen angethaner Injurien, sofern der Vater abwesend und unvertreten war; l. 17 § 10 D. de injuriis 47, 10; vgl. Lenel edictum S. 324. Andere Fälle erwähnt l. 18 § 1 D. de jud. 5, 1. l. 19 D. depositi 16, 3, l. 9 D. de obl. et act. 44. 7. l. 17 D. de reb. cred. 12, 1, vgl. Pernice Labeo Bd. 1 S. 160.

1) Eine gründliche Darstellung giebt Pernice, Labeo Bd. 1 S. 206.

kehres drängen auf Durchschnittszahlen. Die Durchschnittszahl muß das Maßgebende werden; die Berücksichtigung des Individuellen läßt sich aber nie ganz ausschließen.

Bezüglich des reinen römischen Rechtes ist hervorzuheben.

1. Die entscheidende Altersgrenze war die Pubertät — die Mündigkeit.[2]

Männer galten ursprünglich als puberes mit Annahme der toga virilis, wobei die Sitte, die Meinung der Familie, die individuelle bürgerliche und geistige Reife bezüglich des Zeitpunktes in das Gewicht fielen. Die Prokulianer und nach ihnen Justinian entschieden sich für die feste Altersgrenze des vollendeten 14. Jahres. Weiber wurden von jeher mit vollendetem 12. Jahre mündig.[3] Man unterschied unter den impuberes:

a) die Kinder, infantes, Personen bis zum vollendeten 7. Jahre. Ihr Wollen und Wissen ist rechtlich bedeutungslos; sie können sich also selbständig weder berechtigen noch verpflichten, singulärerweise können sie durch Uebergabe Besitz erwerben.[4]

b) Unmündige, die nicht mehr Kinder sind, impuberes infantia majores. Sie sind im Stande, sich ohne Vormund durch eigene Handlungen zu berechtigen, nicht aber selbständig ihr Vermögen zu mindern.

Durch Ereignisse, die ohne den Willen des Betroffenen Verbindlichkeiten erzeugen — re — werden Unmündige jedes Alters verbunden.

---

2) Nach altdeutschem Recht bestand, wie nach altrömischem, nur eine Altersgrenze, die Mündigkeit, welche nach den meisten Rechten mit dem 12. Jahr begann, nach einigen etwas später. Seit dem Mittelalter durfte der Mündige bis zum 21. Jahr die Vormundschaft behalten, Sachsenspiegel I, 42; Heusler, Institutionen des deutschen Rechts II S. 489. Es ist hiernach leicht begreiflich, daß man die römischen impuberes in freier Weise als „Unmündige" bezeichnet; wörtlich übersetzt Windscheid und nennt sie „Geschlechtsunreife".

3) In der klassischen Kaiserzeit entwickelten sich drei verschiedene Ansichten. Ulp. fragm. XI § 28: Puberem autem Cassiani quidem eum esse dicunt, qui habitu corporis pubes apparet, id est qui generare possit; Proculejani autem eum, qui XIV annos explevit; verum Priscus eum puberem esse, in quem utrumque concurrit et habitus corporis et numerus annorum. Die Mittelmeinung des Priskus wurde die herrschende; Justinian aber verwarf sie, pr. J. quibus modis tutela finitur 1, 22.

4) Ursprünglich galt als infans nur, wer nicht sprechen konnte; auf Einsicht in die Worte kam es nicht an. So noch zur Zeit Hadrians, vgl. Gaj. Inst. III § 109; die spätklassische Periode erstrebte dagegen auch für die infantia eine feste Grenze. Man verfiel dabei auf die Zahl 7, l. 1 § 2 D. de adm. et per. tut. 26, 7 von Ulpian, siehe aber auch l. 9 D. de a. vel o. her. 29, 2. Die Zahl 7 ist Grundzahl, sie war den Römern heilige Zahl, sie ergab die Hälfte der Zeit der Unmündigkeit der Männer, Bodemeyer, die Zahlen des römischen Rechts S. 76. Dies mögen die Gründe gewesen sein, diese Zahl zu wählen. Innere Gründe sprachen für sie schwerlich. Vgl. Dernburg, Persönliche Rechtsstellung S. 11. B.G.B. § 104 hält die 7 Jahre fest.

In dem Sinne lebensfähig braucht aber das Kind keinesfalls zu sein, daß es mit einer zu längerem Leben befähigenden körperlichen Organisation ausgestattet ist.

c) Mißgeburten, welche nicht das Wesen des Menschen haben, sind keine Rechtssubjekte. Mißbildete Menschen dagegen sind rechtsfähig; Glieder zuviel oder zuwenig kommen daher für die Frage der Rechtsfähigkeit nicht in Betracht.[5 6]

2. Verstirbt das Kind unmittelbar nach seiner Geburt, so hebt dies die rechtlichen Veränderungen nicht auf, welche sich an seinen Eintritt in

---

unreife Geburt, die einen Augenblick lebte, Rechtssubjekt gewesen? Dies bejaht Savigny und verneint Wächter. Es kommt hierbei vorzugsweise auf die Auslegung der l. 2 C. de postumis 6, 29, einem Reskript von Diokletian und Maximian an: Uxoris abortu testamentum mariti non solvi, postumo vero praeterito, quamvis natus ilico decesserit, non restitui ruptum juris evidentissimi est, vgl. § 1 J. de exhered. lib. 2, 13. Savigny versteht unter abortus eine todtgeborene Frühgeburt, Wächter aber mit Recht jede Frühgeburt mag sie lebend oder todt zur Welt kommen. Dies entspricht dem römischen Sprachgebrauch, vgl. auch Gellius noctes atticae lib. 3 cap. 16. Nur bei dieser Auffassung hat das Reskript einen befriedigenden Sinn, denn wenn das Kind todtgeboren wäre, so käme es darauf nicht an, ob es Abortus war oder nicht. Es wäre schon um deswillen kein Rechtssubjekt, vgl. l. 129 D. de V. S. 50, 16. b) Es fragt sich weiter, ob, wie die ältere Ansicht annahm, die Geburt als unreif oder nicht lebensfähig oder Abortus anzusehen ist, welche nicht 6 Monate im Mutterleibe ausgetragen war. Auch dies entspricht den Quellen. In l. 12 D. de statu hominum 1, 5 berichtet Paulus libro 19 responsorum: Septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis. Dies heißt gewiß nicht: mit dem 7. Monate kommt ein „lebendiges" Kind zur Welt, wie Savigny erklärt, sondern, wie Wächter annimmt, ein „lebensfähiges" oder „reifes" Kind. Also ist zu schließen, ein früher geborenes ist Abort, wenn es auch kurze Zeit lebte. Dieser Schluß wird sehr unterstützt durch die Ausführung von Paulus sent. IV 9 § 1 und § 5, wonach der Mutter beim jus liberorum nur zugerechnet wird ein Kind „pleni temporis", „septimo mense natus". Savigny S. 208 führt aus, es liege kein Grund vor, anzunehmen, daß, was hiernach für die Begünstigung der Mutter galt, auch für die Rechtsfähigkeit des Kindes gegolten habe. Dies ist aber allerdings der Fall. Denn wenn das Geborene Rechtssubjekt war, so wäre nicht zu begreifen, warum es nicht wie andere verstorbene Kinder der Mutter angerechnet werden sollte. Die Anrechnung zu Gunsten der Mutter geschah sogar leichter als die Anerkennung des Kindes als Rechtssubjekt. Vgl. l. 135 D. de V. S. 50, 16. Gegen Wächter s. Bekker Bd. 1 S. 157. Aber der Schlußsatz der l. 3 C. h. t. spricht nicht, wie er annimmt, für ihn, wenn man den mit „sancimus" beginnenden Satz zusammenhält. Vgl. noch Bätschi, Vitalität, Züricher Inauguraldiss. 1887, Nitschke, Vitalität, Erlang. Inauguraldiss. 1892, Regelsberger Bd. 1 § 58 Anm. 14, Gierke, deutsch. Privr. Bd. 1 § 41 S. 359. B.G.B. kennt das Erforderniß der Lebensfähigkeit nicht.

5) l. 14 D. de statu hominum 1, 5 Paulus libro 4 sententiarum: Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur: veluti si mulier monstrosum aliquid aut prodigiosum enixa sit, partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit aliquatenus videtur effectus et ideo inter liberos connumerabitur. Vgl. l. 38 D. de V. S. 50, 16. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 204. Vgl. Sturm bei Gruchot Bd. 29 S. 283 und die dort angeführten medicinischen Gutachten. B.G.B. enthält keine Bestimmungen über Mißgeburten.

6) Zusammengewachsene Zwillinge bilden zwei Personen. Beide sind rechtsfähig und handlungsfähig. Thatsächlich aber ist die Ausübung ihrer Rechte und die Erfüllung ihrer Pflichten an die Mitwirkung des Zwillings gebunden.

die Reihe der Rechtssubjekte knüpften. Hat z. B. eine beim Tode ihres Mannes schwangere Wittwe ein Kind geboren, welches mit seiner Geburt Erbe seines Vaters wurde, kurze Zeit nachher aber verstirbt, so wird dessen Erbschaft eröffnet, in welcher sich der Nachlaß seines Vaters befindet. Demzufolge gelangt das väterliche Vermögen oft an andere Personen, als bei einer neuen Berufung in dasselbe der Fall sein würde. Es wird namentlich die Mutter meist Erbin ihres Kindes werden, während sie nicht oder nicht in gleichem Maße Erbin ihres Mannesge worden wäre.[7]

3. Da die Rechtsfähigkeit mit der Geburt beginnt, der Embryo im Mutterleibe — die Leibesfrucht — also bloß als Theil der Mutter gilt, so scheint es folgerecht, ihn vor seiner Geburt noch nicht zu berücksichtigen.[8]

Dies wäre aber hart und unnatürlich. Daher haben schon die 12 Tafeln dem Embryo einen Antheil an der väterlichen Erbschaft vorbehalten, wenn diese sich während seiner Existenz im Mutterleibe eröffnete.[9] Ferner gilt der Embryo den Römern als verwandt mit Blutsverwandten, die starben, während er im Mutterleibe war, trotzdem sonst der römische Begriff der Blutsverwandtschaft gleichzeitiges Leben voraussetzt.[10] Es kann auch dem Embryo ein Kurator ernannt werden.[11] Er hat wie private, so auch öffentliche Rechte.[12] Um dies zu erklären, fingirten die römischen Juristen, das der Embryo bereits Mensch sei. Die Neueren drücken dies durch den Spruch aus „nasciturus pro jam nato habetur.“[13]

Doch diese Fiktion ist durch den Zweck beschränkt, welcher sie hervor-

---

7) l. 2, l. 3 in fine C. de postumis 6, 29.

8) l. 9 § 1 D. ad legem Falcidiam 35, 2 Papinianus libro 19 quaestionum . . . partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur. l. 1 § 1 D. de inspiciendo ventre 25, 4 . . partus enim, antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum.

9) l. 3 § 9, l. 6, l. 7 D. de suis et legitimis 38, 16, l. 3 D. si pars hereditatis 5, 4, vgl. Pernice, Labeo, Bd. 1 S. 196 ff.

10) l. 3 D. de bon. poss. 37, 11.

11) Vgl. B.G.B. § 1912.

12) Andere hierher gehörige Sätze führt auf l. 26 D. de statu hominum 1, 5. In Zusammenhang steht auch der Satz, daß sich der Stand ehelicher Kinder nach dem des Vaters zur Zeit der Konception richtet. l. 7 § 1 D. de senat. 1, 9. Der Stand unehelicher Kinder richtet sich nach dem der Mutter zur Zeit der Geburt. Sie haben im Rechtssinne keinen Vater, keine Konception. Das B.G.B. §§ 1616, 1706 bestimmt nichts über den Stand als dem öffentlichen Rechte zugehörig.

13) l. 26 D. de statu hominum 1, 5 Julianus libro 69 Digestorum. Es ist dies eine dogmatische Fiktion, nicht anders wie der Satz hereditas personam defuncti sustinet d. h. der Erblasser gilt als noch fortexistirend, solange seine Erbschaft noch nicht angetreten ist. Daß man übrigens die Fiktion nicht bloß zum Zwecke der Annahme der Persönlichkeit des Embryos schuf, sondern auch für die Verhältnisse von Sklavenkindern verwerthete, geht aus der l. 26 cit. hervor. Vgl. Dernburg Pfandr. Bd. 1 S. 446, siehe auch Goeppert, org. Erzeugnisse S. 172. —

rief. Sie gilt daher nur für den Fall, daß der Embryo *später Rechtssubjekt wird*, und begründet für Dritte, z. B. die Mutter des Embryos, keine Rechte, wenn derselbe als todt oder Abort zur Welt kommt.[14]

4. Das *Leben* oder den *Tod* eines Menschen, beziehungsweise Leben oder Tod *zu einer bestimmten Zeit* hat zu erweisen, wer hierauf Rechte stützt.[15] Namentlich ist dies der Fall, wenn davon, ob die eine von zwei Personen früher geboren oder gestorben ist, als die andere, Rechte abhängig sind.

Sind zwei Personen verstorben, ohne daß sich feststellen läßt, welche von beiden die andere überlebt hat, so steht hiernach das Verhältniß so als wären beide *gleichzeitig verstorben*. Keiner gilt also als zur Erbschaft des anderen berufen.[16]

In der römischen Gerichtspraxis stellten sich jedoch bei Versterben Mehrerer in einer Gefahr, z. B. Schiffbruch, Kriegsgefahr — s. g. *Kommorienten* — Vermuthungen bezüglich des Ueberlebens fest, wenn dasselbe nicht zu ermitteln war. Sind nämlich *Eltern* mit *unmündigen Kindern* in einer Gefahr umgekommen, so gelten als überlebend die *Eltern*, sind aber Eltern und *mündige Kinder* in gemeinsamer Gefahr verstorben, die Kinder.[17] Die Gefahr muß dieselbe

---

14) l. 231 D. de V. S. 50, 16. Paulus libro singulari ad S. C. Tertullianum, Quod dicimus eum, qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, cum de ipsius jure quaeritur. aliis autem non prodest, nisi natus.

15) Sturm bei Gruchot Bd. 29 S. 278. Ueber Leben und Tod eines Menschen kann ein Eid nach C.P.O. § 445 zugeschoben werden, sofern behauptet wird, daß der Delat diese Thatsache wahrgenommen hat oder hätte wahrnehmen können. Hierüber und über einen etwaigen Ueberzeugungseid vgl. R.G. Bd. 8 S. 173.

16) l. 8, l. 9 § 3, l. 16, l. 17, l. 18 D. de rebus dubiis 34, 5, l. 32 § 14 D. de don. int. vir. et uxorem 24, 1, l. 26 D. de mortis causa don. 39, 6. B.G.B. § 20. — Wie verhält es sich, wenn jemand zwei unmündige Kinder hinterläßt, und dem *letztversterbenden* den Titius substituirt, falls beide Kinder in der Unmündigkeit versterben, so daß es aber ungewiß ist, welches Kind zuletzt verstarb? Die folgerechte Antwort scheint, daß Titius in solchem Falle nichts erhält, da er nicht nachweisen kann, auf wessen Nachlaß er Anspruch hat; so l. 35 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1. Die Absicht des Erblassers kann aber gewesen sein, daß Titius *beide* Erbschaften erhalten solle, wenn beide Kinder in der Unmündigkeit versterben. Dies nämlich dann, wenn sie gegenseitig Universalerben in Folge einer wechselseitigen Substitution oder nach Intestaterbrecht gewesen wären. Substituirt der Erblasser unter solchen Umständen den Titius dem jüngstversterbenden, so geschieht dies, weil er eben nur an den Fall denkt, daß *beide* Kinder zu verschiedenen Zeiten sterben. Es kam ihm in Wahrheit bei seiner Anordnung nicht darauf an, wer früher sterben werde, sondern darauf, daß beide in der Unmündigkeit sterben. Nach der Absicht des Erblassers muß Titius daher in solchem Falle beide Erbschaften erhalten, auch wenn ungewiß ist, welches Kind zuerst starb. So l. 9 pr. D. de rebus dubiis 34, 5.

17) l. 9 § 4, l. 22, l. 23 D. de rebus dubiis 34, 5, l. 26 pr. D. de pactis dotalibus 23. 4. B.G.B. § 20, dessen Fassung übrigens nur durch die Rücksicht auf das ältere Recht verständlich wird, regelt das Verhältniß anders. — Die Vermuthung tritt nicht ein, wenn ihr Ergebniß zu einer Regelung der Nachlaßverhältnisse führen würde, welche der vermuthlichen Willensmeinung ihres Erblassers widerspräche. Wenn

sein. Stirbt daher die Mutter im Wochenbette und das Kind gleichzeitig an Entkräftung, so ist die Vermuthung unanwendbar; denn die Gefahr für Mutter und Kind war eine verschiedene.[18][19]

5. Die Frage der Existenz und die Familienstellung eines Menschen hat für das öffentliche und private Recht Bedeutung. Deshalb bildete sich die öffentliche Beurkundung der Eheschließungen, der Geburtsfälle und Sterbefälle aus. Bis in die neueste Zeit geschah sie in Anlehnung an das Tridentiner Konzil[20] durch die seitens der Geistlichen geführten Kirchenbücher. Nach dem Reichsgesetze vom 6. Februar 1875 ist sie ausschließlich Staatssache und erfolgt durch die Standesbeamten mittels Eintragung in die von ihnen geführten Bücher. Die Standesregister erbringen zwar vollen Beweis, aber den Betheiligten steht der Nachweis der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit derselben offen.

6. In Rom endete die Persönlichkeit nicht bloß durch den Tod, sondern auch durch capitis deminutio. Dieselbe war maxima, wenn sie auf dem Verlust der Freiheit, media, wenn sie auf dem Verlust des Bürgerrechtes, minima, wenn sie auf dem Verlust der bisherigen Familienstellung beruhte.[21]

Die bisherige Persönlichkeit des Deminuirten galt für das Privatrecht als vernichtet. Aber im Fall der capitis deminutio media erhielt er eine neue Persönlichkeit, wenn auch schlechterer Art als bisher; und bei der minima gewann er häufig sogar eine vortheilhaftere Rechtsstellung, als er vordem besaß. Insbesondere gilt dies im Fall der Emancipation.

Manche leugnen, daß die capitis deminutio in allen Fällen Ver-

---

daher der Testator die Herausgabe seiner Erbschaft an einen Dritten für den Fall anordnet, daß sein Erbe ohne Kinder versterben werde, und dieser Erbe mit seinem mündigen Sohne in einer Gefahr umkam, ohne daß zu ermitteln ist, wer den anderen überlebte, so gilt der Erbe als ohne Nachkommen verstorben, l. 18 § 7 D. ad S. C. Trebellianum 36. 1; vgl. auch B.G.B. § 2107.

18) Mühlenbruch im Archiv für civ. Praxis Bd. 4 S. 412 will die Präsumtion zu Gunsten der Mündigen auch zur Anwendung bringen, wenn es sich nicht um Ascendenten und Descendenten handelt, also stets, wenn Mündige und Unmündige in einer Gefahr versterben. Dies ist willkürlich und hat keinen Anklang gefunden. Die Vermuthung verwirft für uneheliche Kinder dem Erzeuger gegenüber Seuff. A. Bd. 10 n. 176.

19) Arndts § 27 Anm. 1 sieht davon ab, daß die mehreren in einer Gefahr sterben. Die von ihm angeführte l. 11 pr. D. de bon. poss. sec. tab. 37, 11 beweist aber nichts für ihn.

20) conc. Trid. sess. 24 cap. 1 u. 2.

21) l. 11 D. de cap. min. 4. 5. — Gaj. Inst. I § 161; l. 51, l. 56 D. de usufructu 7, 1. Vgl. Scheurl, Beiträge Bd. 1 S. 235, Pernice, Labeo Bd. 1 S. 172. Andere Ansichten vertreten Savigny Bd. 2 S. 60 ff., Cohn, Beiträge Bd. 1 Heft 2 S. 44.

nichtung der Persönlichkeit sei. Sie halten dies für unvereinbar damit, daß der Deminuirte bei media und minima Person bleibt. Und doch ist es eine naturwüchsige Auffassung, daß ein Mensch, welcher in neuer Familienstellung mit neuem Namen auftritt, als ein anderer gilt als der frühere. Dem gemeinen Rechte ist capitis deminutio fremd. Verlust der Freiheit findet sich nicht; Verlust des Bürgerrechtes berührt die Privatrechte nicht mehr: die capitis deminutio minima war schon im jüngsten römischen Rechte im Absterben und wurde nie recipirt.

§ 51. Lebenspräsumtion. Todeserklärung.[1]

In Rom bestanden keine gesetzlichen Vermuthungen über die Dauer des Lebens oder den Tod eines Menschen, von dem man keine Kunde hatte. Ohne Zweifel half man sich mit Wahrscheinlichkeiten je nach Lage des Einzelfalls: die freie Beweiswürdigung, wie sie in Rom nicht bloß theoretisch anerkannt, sondern auch praktisch geübt wurde,[2] machte allgemeine gesetzliche Präsumtionen entbehrlich. Erst im gemeinen Rechte wurden solche in Folge seiner strengen Anforderungen an den Beweis nothwendig.

I. Eine *Vermuthung für die Fortdauer des Menschenlebens* — s. g. *Lebenspräsumtion* — stellten die Glossatoren auf; und zwar setzten sie — freilich im Widerspruch mit der Erfahrung — das vermuthlich erlebte Alter auf 100 Jahre;[3] seit dem 17. Jahrhundert verkürzte man die Zeit auf 70 Jahre, gestützt auf den 90. Psalm.[4]

Doch die neuere gemeinrechtliche Doktrin und Praxis gab überwiegend die Lebenspräsumtion *auf*, soweit es sich um den Anfall von Erbschaften oder sonstigen Erwerb für einen Verschollenen handelt. Was er aber *während seines nachweisbaren Lebens erworben hat*, galt zweifellos noch als das Seine und wurde ihm erhalten.[5]

1) Eine mustergültige Bearbeitung dieser Lehren ist Bruns, Verschollenheit in Bekkers Jahrbuch Bd. 1 n. 5, kleine Schriften Bd. 1 n. 3, dazu Riesenfeld, Verschollenheit 1891, vgl. auch Strohal in Iherings Jahrb. Bd. 30 S. 144.

2) Reichte doch je nach Umständen aus, wenn „consentiens fama confirmat rei, de qua quaeritur, fidem." Vgl. Bruns a. a. O. S. 92 ff.

3) Glosse liquerit zu l. 2 § 4 testam. quemadmodum aperiantur 29, 3: nonne quilibet praesumitur vivere etiam usque ad centum annos, nisi probetur mortuus? vgl. l. 56 D. de usufr. 7, 1. Wann die „fama" zum Beweis des Todes genüge, erörtert bereits die Glosse und weiter Bartolus zur l. 2 § 4 cit.

4) Zuerst nahm Menochius de probat. II. 8 — geb. 1532 in Pavia, gest. 1607 — auf den 90. Psalm Bezug, Bruns a. a. O. S. 125. Wie dies dann für die Praxis maßgebend wurde, siehe bei Bruns S. 148 ff.

5) Der Angriff von Cropp, insbesondere in Heise und Cropp, juristische Abhandlungen Bd. 2 n. 5, hat entschiedenen Einfluß auf die Praxis gehabt, vgl. die Ausführungen von Bruns a. a. O. S. 195 und bei Roth deutsches Privatrecht Bd. 1

Manche Partikularrechte hielten die Lebensvermuthung fest. Sie ist in das Reichsrecht übergegangen. B.G.B. § 19.

II. Die Vermuthung des Todes wird durch gerichtliche Todeserklärung in Folge langdauernder Verschollenheit begründet.

Verschollen sind Menschen, von deren Leben oder Tod in ihrem letzten Wohnsitze ungewöhnlich lange Zeit keine Kunde einlief.

2. Die Behandlung der Verschollenheit in Deutschland war in älterer Zeit überwiegend die, daß die nächsten Erben des Verschollenen auf Antrag in dessen Habe eingewiesen wurden, vorerst gegen Sicherstellung für den Fall seiner Rückkehr. Verfloß dann eine gewisse Zeit, ohne daß man Kunde von seinem Leben erhielt, so erklärte man den Verschollenen gerichtlich für todt und erließ die Sicherheit. Den Nachlaß erhielt nach diesem System, wer zur Zeit der Einweisung — successio ex tunc — und nicht wer zur Zeit der Todeserklärung nächster Erbe war — successio ex nunc.

In Folge des Einflusses des römischen Rechtes behandelte man später das Verhältniß der eingewiesenen Erben nur als anomale Vormundschaft.[6] Derzeit tritt bis zur Todeserklärung nur die gewöhnliche Kuratel über Abwesende ein.[7]

3. Dauernde Verschollenheit berechtigt zum Antrag auf gerichtliche Todeserklärung des Verschollenen.

Hinsichtlich der Dauer der Verschollenheit entwickelten sich in Deutschland zwei Systeme.

a) Nach dem s. g. sächsischen Systeme war der Antrag begründet, wenn der Verschollene das siebzigste Lebensjahr vollendet hätte.[8] Dies galt Vielen als gemeinrechtlich,[9] jedoch ohne durchschlagende Gründe.

b) Nach dem s. g. schlesischen Systeme mußte die Verjährungszeit seit der letzten Kunde abgelaufen sein.[10] Und

§ 61 S. 367, Bekker Bd. 1 S. 164, Seuffert Archiv Bd. 15 n. 200, R.G. Bd. 25 S. 143. Entsch. des obersten L.G.'s für Bayern Bd. 13 S. 56. Die Lebenspräsumtion halten jedoch fest Bruns a. a. O. S. 193, Stobbe § 38 Anm. 22, Windscheid § 53 Anm. 2, Gierke, Deutsch. Privr. Bd. 1 § 42 S. 369.

6) Bruns a. a. O. S. 133, Stobbe Bd. 1 § 38.

7) B.G.B. § 1911. So auch schon früher nach Landesrechten, namentlich nach preußischem Rechte.

8) Tritt die Verschollenheit nach dem 70. Lebensjahre ein, so erfolgte die Todeserklärung, wenn längere Zeit keine Kunde von dem verschollenen Greise einlief; über eine feste Zeitgrenze ist man nicht einig geworden.

9) Seuff. A. Bd. 25 n. 5, Regelsberger Bd. 1 § 61 Anm. 6.

10) Vgl. Bruns a. a. O. S. 154. Dies System findet sich zuerst in einem Reskripte des Kaisers Matthias an den Rath der Stadt Görlitz von 1616.

zwar forderte man ursprünglich 30 Jahre. Das deutsche Recht begnügte sich mit 10 Jahren von der letzten Kunde und, wenn der Verschollene minderjährig war, von seiner Volljährigkeit an. Dies ist jetzt Reichsrecht.[11]

Zum Antrage auf Todeserklärung ist der gesetzliche Vertreter und sind die Interessenten befugt, insbesondere Blutsverwandte, der Ehegatte des Verstorbenen, sein Vertrags-, Testaments- oder Intestat-Erbe, der Fiskus.[12]

Das Gericht ist nicht auf die Angaben des Antragstellers beschränkt, es hat vielmehr auch von Amtswegen den Thatbestand zu ermitteln. Namentlich erläßt es Ediktalien d. h. eine öffentliche Aufforderung an den Verschollenen sowie an Dritte, die von dessen Leben oder Tod Kunde haben, dem Gerichte Nachricht zu geben.

2. Die Todeserklärung wirkt nicht bloß zu Gunsten der Partei, welche sie betrieben hat. Sie stellt den Tod für und gegen *alle* fest. Hätte z. B. der nächste *Intestaterbe* die Todeserklärung ausschließlich betrieben und erwirkt, es fände sich aber nachher ein Testament, so würde der *Testamentserbe* befugt sein, die Erbschaft für sich in Anspruch zu nehmen.

Die Todeserklärung greift wie in die Vermögensverhältnisse so auch in die Familienstellung des Verschollenen[13] ein.

3. Streitfrage war beim *sächsischen* Systeme, ob der Verschollene als todt gelte vom Augenblicke der Rechtskraft der Todeserklärung oder rückwärts hin *von der Vollendung des* 70. *Lebensjahres*. Es frug sich also, ob die Todeserklärung *konstitutiv* oder *deklaratorisch* wirke oder, wie man auch sagt, ex nunc oder ex tunc.[14 15]

4. Das gerichtliche Erkenntniß begründet nur die *Vermuthung* des Todes des Verschollenen. Sie verliert ihre Kraft, *sowie der*

---

11) B.G.B. § 14. Gemäß desselben beginnt die Frist mit dem Schluß des Jahres, in welchem der Verschollene den vorhandenen Nachrichten zufolge noch gelebt hat. Besondere Bestimmungen gelten für die seit einer Lebensgefahr Verschollenen. B.G.B. §§ 15—17.

12) Die Todeserklärung erfolgt im Aufgebotsverfahren der C.P.O. § 960; die besonderen Bestimmungen siehe C.P.O. §§ 961 ff.

13) Nach B.G.B. geschieht dies nicht durchgreifend. Dasselbe regelt die Wirkung der Todeserklärung für einzelne Familienverhältnisse durch besondere Bestimmungen; bezüglich der Ehe des für todt Erklärten durch § 1348.

14) Für die bloß deklaratorische Natur der gerichtlichen Todeserklärung waren die meisten Schriftsteller, insbesondere Bruns a. a. O. S. 199, Stobbe Bd. 1 § 38 Anm. 42, Windscheid Bd. 1 § 53, Gierke, Deutsch. Privr. Bd. 1 § 42 S. 376. Die Gegenansicht vertrat Gesterding Ausbeute von Nachforschungen Bd. 1 S. 342. Er fand vielfach Anklang, auch in der Praxis, vgl. Bruns a. a. O. S. 199, Roth, D. P.R. Bd. 1 § 61 Anm. 119 ff.

15) B.G.B. § 18 erklärt sich für die deklaratorische Wirkung.

wahre Thatbestand aufgehellt wird. Es bedarf hierzu keines neuen Erkenntnisses.

Der für todt Erklärte kann daher, wenn er sich als lebend legitimirt, das ihm Gehörige von denjenigen fordern, in deren Hand es sich findet. Es ist ihm eine Universalklage nach Analogie der Erbschaftsklage gegen diejenigen nicht zu verweigern, welche sein Vermögen als seine Erben in Besitz nahmen.[16]

B. Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit der physischen Personen.

§ 52. Gewaltfreie und Gewaltuntergebene.

Die oberste Eintheilung der Menschen in Rom war diejenige in Freie und in Sklaven.[1] Sklaven galten als Sachen. Das gemeine Recht kennt keine Sklaverei.[2]

Des Weiteren theilte man die Menschen ein in Gewaltfreie — sui juris — und in Gewaltuntergebene — alieni juris.[3] In der älteren römischen Zeit beruhte hierauf die Gliederung der bürgerlichen Gesellschaft. Der Hausvater bildete mit den Seinen, d. h. mit der Frau in manu, mit den Hauskindern in der patria potestas, mit den Sklaven in der dominica potestas und mit Freien in sklavenähnlichem Dienstzustande — mancipium — einen besonderen Staat im Staate. Im justinianischen Rechte, in dem sich die Gewalt nur noch auf Sklaven und auf Hauskinder bezog, ist dies sehr abgeschwächt. Im gemeinen Rechte waren nur noch die Hauskinder in der Gewalt des Hausvaters bis zu ihrer wirthschaftlichen Selbständigkeit. Diese Gewalt hatte mehr den Charakter einer väterlichen Vormundschaft als denjenigen eines Herrenrechtes.

Die Hauskinder erwarben nach altrömischem Rechte allen ihren Erwerb ihrem Vater.[4] Nach justinianischem Rechte erwarben sie alles für sich, was sie nicht a patre oder ex re patris erwerben.

Hauskinder konnten Verpflichtungen selbständig übernehmen, sofern

---

16) Wer sich in Folge der Todeserklärung wie ein Erbe in den Besitz des zurückgelassenen Vermögens des Verschollenen setzte, haftet daher in der Regel bloß auf den Betrag seiner Bereicherung; nur wenn er die Unrichtigkeit der Todeserklärung kannte, hat er zurückzugewähren, was er in Besitz nahm, vgl. Roth, D. P.R. Bd. 1 § 61 Anm. 140 ff. B.G.B. § 2031 verweist auf die Analogie der Erbschaftsklage.

1) pr. J. de jure personarum 1, 3. Gaj. Inst. I § 9.

2) l. 32 D. de R. J. 50, 17. Ulpianus libro 43 ad Sabinum: Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur. Ueber die Milderungen vgl. Adolf Schmidt, die Persönlichkeit des Sklaven 1868, Pernice, Labeo Bd. 1 S. 113.

3) pr. J. de his, qui sui vel alieni juris 1, 8. Gaj. Inst. I § 48.

sie großjährig waren,[5] aber zur Aufnahme von Darlehen bedurften sie in Folge des S. C. Macedonianum der väterlichen Genehmigung.[6]

Nach jetzigem Reichsrechte sind nur Minderjährige unter elterlicher Gewalt. B.G.B. § 1026.

§ 53. Die Altersstufen. Römisches Recht.[1]

Nur allmählich erwirbt der Heranwachsende die Einsicht, wie auch die Reife des Charakters, welche zu rechtlichen Verfügungen erforderlich ist. Dabei ist die Entwickelung der Einzelnen eine verschiedene, da der eine früh reift, der andere hinter dem Durchschnitte zurückbleibt. Billigkeit scheint die Berücksichtigung der individuellen Entwickelung zu fordern. Das praktische Bedürfniß und die Rücksicht auf die Sicherheit des Ver-

---

4) Vom Rechtsstandpunkte aus war der Hausvater ausschließlicher unumschränkter Eigenthümer des Vermögens, welches seine Untergebenen durch Arbeit, Erbschaften, Glücksfälle erwarben. Daneben lief eine volksthümliche Auffassung, welcher besonders Paulus Ausdruck giebt, wonach dieses Vermögen dem Vater und seinen Kindern gemeinsam war. Die rechtliche Gestaltung des Verhältnisses wurde durch diese Auffassung an und für sich nicht berührt. Es ist nicht richtig, von einem „fiduciarischen" Eigenthume des Vaters zu sprechen. Dies ist ebensowenig zutreffend, wie die Annahme eines bloß fiduciarischen Eigenthums des Mannes an der Dos, obgleich dieselbe nach volksthümlicher Betrachtung der Frau gehörte. Es läuft eben, wie oft im römischen Rechte, neben der juristischen eine naturalistische Vorstellung her. Damit steht nicht im Widerspruch, daß dieselbe zu einzelnen positiven Rechtsbestimmungen führte; vgl. l. 7 pr. D. de bonis damnat. 48, 20, l. 11 D. de lib. et post. 28, 2, Pernice, Labeo Bd. 1 S. 109. Das Nähere unten Bd. 3 § 32.

5) Für das klassische römische Recht steht die Verpflichtungsfähigkeit der mündigen Hauskinder fest l. 39 D. de obl. et act. 44, 7, l. 141 § 2 D. de V. O. 45, 1. Ob sie im älteren Rechte anerkannt war, ist bestritten und zweifelhaft, vgl. dagegen: Mandry, Familiengüterrecht Bd. 1 S. 340, dafür: Pernice, Labeo Bd. 1 S. 106. In der klassischen Kaiserzeit konnten die Hauskinder aus ihren Schulden verklagt und verurtheilt werden. Es fragt sich aber, ob das Urtheil gegen sie *vollstreckbar* war. Vermögen hatten sie keines, die Möglichkeit der Exekution gegen ihre Person stellen Viele in Abrede — insbesondere Mandry, Familiengüterrecht Bd. 1 S. 103 — wegen der Kollision mit dem väterlichen Rechte. Das Richtige ist folgendes: dem Gläubiger stand gegen das verurtheilte Hauskind *die Personalexekution* offen, der *Hausvater* konnte aber *intervenire*n. Er hatte namentlich gegen den Gläubiger das interdictum de liberis exhibendis, vgl. l. 1 § 2 D. de liberis exhibendis 43, 30. Harte Väter verderbter Söhne intervenirten oft nicht, waren vielmehr zufrieden, wenn ihr Hauskind in der Schuldknechtschaft bleiben mußte. Aus einer solchen Situation ging wahrscheinlich der Vatermord des Macedo hervor, welcher zum Verbot der Darlehne an Hauskinder ohne väterliche Genehmigung führte. Vgl. l. 1 D. de S. C. Macedon. 14, 6.

6) In Rom fehlte auch dem großjährigen Hauskinde grundsätzlich das Klagerecht, das Bedürfniß führte aber zu zahlreichen Ausnahmen. Zuerst gewährte der Prätor den Hauskindern Klagen wegen ihnen angethaner Injurien, sofern der Vater abwesend und unvertreten war; l. 17 § 10 D. de injuriis 47, 10; vgl. Lenel edictum S. 324. Andere Fälle erwähnt l. 18 § 1 D. de jud. 5, 1. l. 19 D. depositi 16, 3, l. 9 D. de obl. et act. 44. 7, l. 17 D. de reb. cred. 12, 1, vgl. Pernice Labeo Bd. 1 S. 160.

1) Eine gründliche Darstellung giebt Pernice, Labeo Bd. 1 S. 206.

kehres drängen auf Durchschnittszahlen. Die Durchschnittszahl muß das Maßgebende werden; die Berücksichtigung des Individuellen läßt sich aber nie ganz ausschließen.

Bezüglich des reinen römischen Rechtes ist hervorzuheben.

1. Die entscheidende Altersgrenze war die Pubertät — die Mündigkeit.[2]

Männer galten ursprünglich als puberes mit Annahme der toga virilis, wobei die Sitte, die Meinung der Familie, die individuelle bürgerliche und geistige Reife bezüglich des Zeitpunktes in das Gewicht fielen. Die Prokulianer und nach ihnen Justinian entschieden sich für die feste Altersgrenze des vollendeten 14. Jahres. Weiber wurden von jeher mit vollendetem 12. Jahre mündig.[3] Man unterschied unter den impuberes:

a) die Kinder, infantes, Personen bis zum vollendeten 7. Jahre. Ihr Wollen und Wissen ist rechtlich bedeutungslos; sie können sich also selbständig weder berechtigen noch verpflichten, singulärerweise können sie durch Uebergabe Besitz erwerben.[4]

b) Unmündige, die nicht mehr Kinder sind, impuberes infantia majores. Sie sind im Stande, sich ohne Vormund durch eigene Handlungen zu berechtigen, nicht aber selbständig ihr Vermögen zu mindern.

Durch Ereignisse, die ohne den Willen des Betroffenen Verbindlichkeiten erzeugen — re — werden Unmündige jedes Alters verbunden.

---

2) Nach altdeutschem Recht bestand, wie nach altrömischem, nur eine Altersgrenze, die Mündigkeit, welche nach den meisten Rechten mit dem 12. Jahr begann, nach einigen etwas später. Seit dem Mittelalter durfte der Mündige bis zum 21. Jahr die Vormundschaft behalten, Sachsenspiegel I, 42; Heusler, Institutionen des deutschen Rechts II S. 489. Es ist hiernach leicht begreiflich, daß man die römischen impuberes in freier Weise als „Unmündige" bezeichnet; wörtlich übersetzt Windscheid und nennt sie „Geschlechtsunreife".

3) In der klassischen Kaiserzeit entwickelten sich drei verschiedene Ansichten. Ulp. fragm. XI § 28: Puberem autem Cassiani quidem eum esse dicunt, qui habitu corporis pubes apparet, id est qui generare possit; Proculejani autem eum, qui XIV annos explevit; verum Priscus eum puberem esse, in quem utrumque concurrit et habitus corporis et numerus annorum. Die Mittelmeinung des Priskus wurde die herrschende; Justinian aber verwarf sie, pr. J. quibus modis tutela finitur 1, 22.

4) Ursprünglich galt als infans nur, wer nicht sprechen konnte; auf Einsicht in die Worte kam es nicht an. So noch zur Zeit Hadrians, vgl. Gaj. Inst. III § 109; die spätklassische Periode erstrebte dagegen auch für die infantia eine feste Grenze. Man verfiel dabei auf die Zahl 7, l. 1 § 2 D. de adm. et per. tut. 26, 7 von Ulpian, siehe aber auch l. 9 D. de a. vel o. her. 29, 2. Die Zahl 7 ist Grundzahl, sie war den Römern heilige Zahl, sie ergab die Hälfte der Zeit der Unmündigkeit der Männer, Bodemeyer, die Zahlen des römischen Rechts S. 76. Dies mögen die Gründe gewesen sein, diese Zahl zu wählen. Innere Gründe sprachen für sie schwerlich. Vgl. Dernburg, Persönliche Rechtsstellung S. 11. B.G.B. § 104 hält die 7 Jahre fest.

Unmündige sind zur Errichtung letztwilliger Verfügungen unfähig; insbesondere aber war das Recht der Eheschließung in Rom von der Ueberschreitung der Mündigkeit abhängig.

c) Für die Frage, ob Unmündige durch schuldhafte Handlungen — *Delikte* — verpflichtet werden, kommt das Maß ihrer Einsicht in Betracht. Denn ohne Zurechnung besteht keine Verschuldung, ohne Verschuldung kein Delikt. Dieser Gedanke war freilich dem alten römischen Rechte fremd. Die zwölf Tafeln belegten den unmündigen Dieb mit Strafe, wenn auch mit einer leichteren als den mündigen. Seit der hadrianischen Zeit erklärte man aber für deliktsfähig nur pubertati proximi, d. h. Unmündige, welche sich der Mündigkeit näherten und *im gegebenen Falle* die Strafbarkeit ihrer Handlung erkennen konnten.[5]

2. *Minderjährige* — minores XXV annis — wurden ursprünglich in Rom von anderen Mündigen nicht unterschieden. Erst nach dem zweiten punischen Kriege bedrohte die lex Plaetoria die Uebervortheilung Minderjähriger mit Strafe, verstattete auch den Minderjährigen, sich einen Kurator zur Verwaltung ihres Vermögens zu erbitten.[6] Diesem ersten Schritte folgten andere, tiefer greifende:

a) der Prätor versprach den Minderjährigen Wiederherstellung in den früheren Stand — in integrum restitutio —, falls sie in Leichtsinn oder Unerfahrenheit ein ihnen schädliches Rechtsgeschäft geschlossen hatten.[7] Ihre Rechtshandlungen waren also an sich *gültig*, aber verloren, wenn jene Voraussetzungen zutrafen, auf Antrag die Geltung.

b) Seit Mark Aurel nöthigte man die Minderjährigen indirekt aber nachdrücklich dazu, sich selbst zur Verwaltung ihres Vermögens *Kuratoren zu erbitten*.[8] Die Kuratoren nahmen das Vermögen

---

5) Zur Zeit des Labeo unterschied man nach den Delikten. Unmündige hafteten wegen Diebstahls und aus der lex Aquilia wegen Sachbeschädigung; wegen Beihülfe zum Diebstahl und dolus hafteten sie nicht, l. 5 § 2 D. ad leg. Aquiliam 9. 2, l. 23 D. de furtis 47, 2, l. 13 § 1 D. de dolo 4, 3. Das neue Princip hat namentlich Julian vertreten l. 4 § 26 D. de doli mali exc. 44. 4; das alte, wonach man die Art des Deliktes unterschied, wurde damit nicht ganz verdrängt. Es ließ sich mit dem neuen bis zu einem gewissen Grad vereinigen. Die Entwickelung hat Pernice a. a. O. S. 216 aufgehellt.

6) Die lex Plaetoria wurde zur Zeit des Plautus erlassen. Pseudolus 1, 3, 69: lex me perdit quinavicenaria, metuunt credere omnes. Ueber den Inhalt vgl. Rudorff, Rechtsgeschichte Bd. 1 § 40, aber auch Ihering, Geist Bd. 3 Abthlg. 1 4. Aufl. S. 119 und Pernice, Labeo Bd. 1 S. 227, insbesondere über den plätorischen Kurator.

7) l. 1 § 1 D. de min. 4, 4, unten § 141.

8) pr. J. de curatoribus 1. 23. § 2 J. eod. inviti adulescentes curatorem non accipiunt, praeterquam in litem. l. 13 § 2 D. de tut. et cur. 26, 5. l. 2 § 5 D. qui petant tutoris 26, 6. Kuratoren waren gleichwohl Regel l. 1 § 3 D. de min. 4, 4. Dies namentlich um deswillen, weil die Tutoren das von ihnen ver-

des Minderjährigen an sich und wahrten es damit thatsächlich. Die Fähigkeit der Minderjährigen, zu veräußern und sich durch Verträge zu verpflichten, wurde durch ihre Stellung unter Kuratel ursprünglich *nicht berührt*.[9] Aber es blieb ihnen die Restitution offen, wenn sie verletzt waren.

c) Diokletian erklärte schließlich die *Minderjährigen unter Kuratel* für *veräußerungsunfähig*, da sie entmündigten Verschwendern gleichzuhalten seien.[10] Darin liegt, daß sie sich auch durch Verträge *nicht* mehr zu vermögensrechtlichen Leistungen *verbinden* können, sofern sie durch deren Abschluß nicht ihre Vermögenslage verbessern.[11]

Nunmehr bestand ein Unterschied in der Handlungsfähigkeit *unbevormundeter* und *bevormundeter* Minderjähriger. Minderjährige ohne Kuratoren waren veräußerungs- und verpflichtungsfähig, konnten aber restituirt werden. Minderjährige mit Kuratoren konnten durch ihre Willensakte nicht veräußern noch auch sich verbinden, bedurften daher gegen dieselben keiner Restitution mehr.

Alle mündigen Minderjährigen waren testamentsfähig und ehefähig ohne Unterschied, ob sie unter Kuratoren standen oder nicht.

---

waltete Mündelvermögen nicht an den Minderjährigen selbst, sondern nur an einen Kurator desselben herauszugeben hatten.

9) l. 101 D. de V. O. 45, 1. Modestinus libro 4 de praescriptionibus. Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari.

10) l. 3 C. de in integrum restitutione 2, 21. Si curatorem habens minor XXV annis post pupillarem aetatem res venum dedisti, hunc contractum servari non oportet, cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a praetore curatore dato bonis interdictum est, si vero sine curatore constitutus contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora praefinita excesserint, causa cognita non prohiberis.

11) Die früher herrschende Ansicht ging dahin, daß wie die *Veräußerungen*, so auch die *Verpflichtungen* des Minderjährigen ohne Vormund nichtig waren. Neuerdings aber wollen Viele die in Anm. 9 und 10 abgedruckten Stellen, nämlich l. 101 D. de V. O. und l. 3 C. de in integrum restitutione durch die Annahme vereinigen, daß die Minderjährigen zwar zum selbständigen Abschluß von Veräußerungsgeschäften unfähig seien, nicht aber zur selbständigen Eingehung von Verpflichtungen anderer Art. Wie unzweckmäßig und unpraktisch dies wäre, hat Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 12 S. 347 gezeigt. Aber die Vereinigung wird auch der l. 3 cit. nicht gerecht. Denn in diesem Reskripte entscheidet der Kaiser zwar *zunächst* nur, daß der *Kaufvertrag*, um den es sich im gegebenen Falle handelt, ungültig sei; aber er stützt diese Entscheidung auf den Grundsatz, daß Minderjährige, welche einen Kurator haben, *interdicirten Verschwendern gleichzuhalten seien*. Dies ist die im Reskript enthaltene Rechtsnorm. Aus ihr folgt, daß der bevormundete Minderjährige regelrecht ebensowenig selbständig verpflichtungsfähig wie veräußerungsfähig ist. Was die l. 101 cit. angeht, so ist sie unter der Herrschaft eines ganz anderen Rechtszustandes geschrieben, als derjenige ist, den das Reskript Diokletians feststellt. Es kann sich also nur fragen, wie sie *in der Kompilation* mit der l. 3 C. cit. zu vereinigen ist. Von diesem Standpunkte aus hat es aber kein Bedenken, wie Ihering a. a. O. thut, das Hauptgewicht auf das Wort „possunt“ zu legen. Minderjährige *können* sich verpflichten, d. h. unter denselben Umständen

§ 54. Altersstufen. Gemeines Recht, Reichsrecht.

I. Einen folgerechten Abschluß hatte die Lehre von der Handlungsfähigkeit der Minderjährigen im römischen Rechte nicht gefunden. Sie erhielt denselben im gemeinen Rechte.

Die Reichspolizeiordnung von 1548 Tit. 31 § 1 verordnete: daß den Pupillen und minderjährigen Kindern jederzeit, bis sie zu ihren vogtbaren und mannbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher gegeben werden sollten. In dieser Gleichstellung fand die Praxis den Willen des Gesetzgebers, daß die Minderjährigen überhaupt hinsichtlich des Verkehrsrechtes nicht anders behandelt werden sollten wie Pupillen. Dies wurde auch auf solche Minderjährige angewendet, die nicht unter Vormundschaft, sondern unter väterlicher Gewalt standen oder einen Vormund entgegen dem Willen des Gesetzes nicht hatten.[1]

II. In neuerer Zeit erschien die Dauer der Minderjährigkeit bis zum vollendeten 25. Lebensjahre als zu lange. Das Reichsgesetz vom 17. Februar 1875 setzte als Grenze das vollendete 21. Lebensjahr.[2]

III. Der Rechtszustand gestaltete sich folgendermaßen:

1. Kinder, d. h. Personen vor zurückgelegtem 7. Lebensjahr, blieben handlungsunfähig, also unfähig, sich selbständig zu berechtigen, wie sich zu verpflichten.[3]

2. Der Unterschied zwischen Unmündigen und anderen Minderjährigen verschwand bezüglich des Verkehrsrechtes. Die Minderjährigen beider Kategorien sind selbständig erwerbsfähig, sonst aber ohne vormundschaftliche Ermächtigung geschäftsunfähig.[4]

Bezüglich der einseitigen letztwilligen Verfügungen werden die Unterschiede des römischen Rechtes festgehalten. Unmündige waren zu ihrer

wie entmündigte Verschwender, wenn sie dadurch ihre Lage verbessern. Ueber die verschiedenen Ansichten vgl. Marezoll in Lindes Zeitschr. Bd. 2 S. 374 ff., Wangerow Bd. 1 § 291 Anm. 2, Ubbelohde in Grünhuts Zeitschrift Bd. 4 S. 696 ff., Huschke in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 13 S. 311, Conta, Verpflichtungsfähigkeit Minderjähriger, Gött. Jn.Dissert. 1891, Regelsberger Bd. 1 § 131 Anm. 16.

1) Vgl. R.O.H.G. Bd. 6 S. 360.

2) Es hat sich dies keineswegs bewährt. B.G.B. beläßt es beim 21. Jahr. Dies in Uebereinstimmung mit den bei weitem meisten europäischen Ländern, doch tritt in Dänemark die Großjährigkeit nach dem 25., in Oesterreich-Ungarn nach dem 24., in Spanien und Holland nach dem 23., in der Schweiz nach dem 20. Jahre ein; ebenso in Japan nach dem japanischen Gesetzbuch übersetzt von Lönholm § 3.

3) Ebenso B.G.B. § 104, vgl. Dernburg, Persönliche Rechtsstellung S. 11.

4) Ebenso B.G.B. §§ 106 ff. Das B.G.B. unterscheidet unter den Minderjährigen, „mündige" nicht mehr. Doch die Vollendung des 14. Lebensjahres hat erhebliche rechtliche Bedeutung behalten. So im Fall der Kindesannahme B.G.B. § 1750, im Vormundschaftswesen § 1827. Ueber das Recht der Minderjährigen, ihr religiöses Bekenntniß zu bestimmen, entscheiden nach Einf.Ges. zum B.G.B. Art. 134 die Landesrechte. Dieselben knüpfen zum Theil das Recht an die Mündigkeit.

Vornahme unfähig, mündige Minderjährige fähig. Das B.G.B § 2029 Abs. 2 verlangt Vollendung des 16. Jahres.[5]

Ehemündigkeit trat gemeinrechtlich in Folge des römischen und kanonischen Rechtes mit der Mündigkeit ein. Nach B.G.B § 1303 knüpft sie sich an die Volljährigkeit, bei Frauen an die Vollendung des 16. Jahres. Für sie ist Dispensation zulässig, welche Berücksichtigung besonderer Fälle ermöglicht.[6]

Wegen strafbarer Handlungen, welche ein Minderjähriger vor dem vollendeten 18. Lebensjahre beging, tritt öffentliche Strafe nicht ein, wenn er die zur Erkenntniß ihrer Strafbarkeit nöthige Einsicht nicht besaß.[7] Folgerecht muß er sich hierauf auch berufen können, wenn er civilrechtlich wegen seiner vor dem vollendeten 18. Jahre begangenen Delikte auf Schadensersatz belangt wird.[8]

3. Durch Volljährigkeitserklärung können Minderjährige die Rechtsstellung Volljähriger erhalten.[9]

Erforderlich ist Antrag des Minderjährigen oder seines gesetzlichen Vertreters, genügende individuelle Reife. Männer mußten nach römischem Recht das 20., Weiber das 18. Lebensjahr vollendet haben. Nach B.G.B. § 3 genügt für beide Geschlechter das 18. Jahr.

Die Volljährigkeitserklärung erfolgte in Rom durch den Regenten; in Deutschland geschieht sie durch das zuständige Vormundschaftsgericht. Die Volljährigkeit tritt durch Zustellung des gerichtlichen Beschlusses an den bisher Minderjährigen ein.[11]

Die Bevormundung hört mit der Volljährigkeitserklärung auf; der für volljährig Erklärte ist veräußerungs- und verpflichtungsfähig.[12][13]

---

5) Schon das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 setzte die Ehemündigkeit bei Männern auf das vollendete 20., bei Weibern auf das 16. Jahr, behielt aber Befreiung vor.

6) Gerichtlich für volljährig erklärte Männer sind als Volljährige ehemündig.

7) Strafgesetzbuch § 56.

8) Vgl. B.G.B. § 828. Anders R.G. in Seuff. Arch. Bd. 52 n. 5.

9) Tit. Cod. de his qui veniam aetatis 2, 44.

10) l. 2 C. h. t. 2, 44. B.G.B. §§ 3 und 4 fordert Vollendung des 18. Lebensjahres und Einwilligung des Minderjährigen und seines Gewalthabers.

11) R.O.H.G. Bd. 6 S. 318. Nach Ges. über freiw. Gerichtsbark. § 56 Abs. 2 tritt die Verfügung, durch welche der Minderjährige für volljährig erklärt wird, erst mit der Rechtskraft in Wirksamkeit.

12) In integrum restitutio war ausgeschlossen l. 1 C. h. t. 2, 44.

13) Veräußerung von Grundstücken durch für großjährig Erklärte forderte nach l. 3 C. h. t. 2, 44 gerichtliche Genehmigung. Dem B.G.B. ist diese Beschränkung unbekannt.

§ 55. Rechtsstellung der Frauen.

Der Mensch ist männlichen oder weiblichen Geschlechts. Zwitter, d. h. Personen, die zugleich Mann und Weib sind, giebt es nicht. Nur der Anschein eines Doppelgeschlechtes kommt vor. Nach seiner physiologischen Beschaffenheit ist der anscheinende Zwitter Mann oder Weib.[1]

1. Das ältere römische Recht hatte die Frauen zurückgesetzt, vorzugsweise um die Vermögen dem Mannesstamme — den Agnaten — zu erhalten. Dies war in der klassischen Kaiserzeit abgeschwächt, aber noch nicht beseitigt. Noch standen die Frauen regelmäßig unter Tutel.[2] Ferner beerbten die Agnatinnen in der Erbklasse der Agnaten nur ihre Geschwister, während sie von den entferntesten Agnaten beerbt wurden.[3] Die Uebergehung von Töchtern im Testamente des Vaters hatte nicht die Bedeutung, wie die von Söhnen.[4] Im justinianischen Rechte aber besteht Gleichberechtigung der Geschlechter, soweit nicht die Ausschließung der Frau vom öffentlichen Leben eine Verschiedenheit bedingt. Die Frauentutel insbesondere ist verschwunden.[5] Im Erbrechte sind Frauen und Männer gleichgestellt.[6]

2. Der Mann gehört dem öffentlichen Leben an, der Beruf der Frau weist sie auf das Haus. Zahlreiche öffentliche Rechte und Pflichten, die dem Manne zukommen, hat daher die Frau nicht. Hieraus ergaben sich noch im justinianischen Rechte Einwirkungen auf das Privatrecht, welche in das gemeine Recht übergingen. Frauen waren in der Regel nicht befugt zur Vormundschaft; nur die Mutter und die Großmutter wurden zur Vormundschaft zugelassen. Der Mangel politischer Rechte war ferner der ursprüngliche Grund der Unfähigkeit der Frauen zum Zeugniß bei römischen Testamenten. Selbst die Verbote, wonach Frauen nicht intercediren dürfen, insbesondere das S. C. Vellejanum, werden von den Römern darauf zurückgeführt, das Frauen dem öffentlichen Leben fern

---

1) l. 10 D. de statu hominum 1, 5 Ulpianus libro 1 ad Sabinum. Quaeritur hermaphroditum, cui comparamus? Et magis puto ejus sexus aestimandum, qui in eo praevalet.

2) Die Tutel über die Frauen stellt Keller, Institutionen S. 243 dar.

3) Gaj. Inst. III § 14.

4) Gaj. Inst. II §§ 123 ff.

5) Die Tutel über die Frauen scheint noch zur Zeit der Abfassung der Vaticana fragmenta bestanden zu haben. Vgl. Vat. fragm. § 1, §§ 325 ff. Zur Zeit der Verfertigung des römisch-syrischen Rechtsbuchs bestand sie nicht mehr. Vgl. Bruns und Sachau: Zweiter Theil S. 5 Londoner Handschrift § 5.

6) §§ 3 ff. J. de legitima adgnatorum successione 3, 2. § 5 J. de exheredatione liberorum 2, 13.

stehen, denn die Intercessionen, — d. h. der Eintritt in die Schulden Dritter, um diesen Kredit zu verschaffen, — galten in Rom als bedingt durch die politische Stellung des Mannes und durch die Beziehungen, welche diese veranlaßte.[7] [8]

3. Das B.G.B. kennt keine Beschränkungen der Frauen in privatrechtlicher Beziehung.[9] Landesrechtlich kommen sie vor; insbesondere bei den Familienfideikommissen.

§ 56. Geisteskranke.[1]

1. Das altrömische Recht unterschied schroff zwischen furiosi, den offenbarem Wahnsinn Verfallenen, und dementes, Geisteskranken anderer Art. Dem justinianischen Rechte ist dies fremd.[2] Hiernach kommt nur das negative Moment des Fehlens normaler Geisteskraft in Betracht, nicht die Form der Geisteskrankheit.[3]

2. Geisteskranke erhalten einen Kurator. Ihre Entmündigung geschieht reichsrechtlich ohne förmliches Prozeßverfahren auf Antrag von Interessenten durch Beschluß des Amtsgerichtes, welcher dem Vormund-

---

7) l. 2 D. de R. J. 50, 17. Ulpianus libro 1 ad Sabinum. Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec judices esse possunt, nec magistratum gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire, nec procuratores existere.

8) Die Interzessionsverbote gegenüber Frauen, welche gemeinrechtlich übernommen waren, wurden für Handelsfrauen beseitigt. Art. 6 des bish. HG.B., vgl. weiter Gewerbe-O. §§ 11 und 46. Landesrechtlich verloren die Interzessionsverbote im Laufe des 19. Jahrhunderts fast in ganz Deutschland ihre Kraft.

9) Für Ehefrauen gilt dies freilich nicht. Auch kann der Mutter bezüglich der Ausübung der elterlichen Gewalt behufs Unterstützung, Ueberwachung und zur Genehmigung gewisser Geschäfte ein „Beistand" gegeben werden.

1) Audibert, Etudes sur l'histoire du droit romain I (la folie et la prodigalité) 1892, Ad. Hardeland in Iherings Jahrb. Bd. 37 n. 3. Eine lehrreiche Uebersicht über die verschiedenen Formen der Geisteskrankheit giebt Endemann, Einführung in das Studium des B.G.B. Bd. 1 §§ 28 ff.

2) Die zwölf Tafeln stellten die furiosi unter die potestas ihrer Agnaten und Gentilen. Hieraus entwickelte sich später eine von Rechtswegen mit dem Ausbruch des Wahnsinns eintretende cura. Andere Geisteskranke erhielten einen Kurator vom Magistrat. Solche Geisteskranke nannte man dementes, mente capti, insani, fatui, Ausdrücke, welche gleichbedeutend sind. Bestimmungen, welche für die dementes getroffen waren, betrafen die furiosi nicht direkt, sondern höchstens wegen Gleichheit des Grundes und ebenso umgekehrt; vgl. l. 25 C. de nuptiis 5, 4. Im justinianischen Recht stehen furiosi und dementes gleich. Vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 234, Cuq. les institutions juridiques des Romains 1891 S. 312, Audibert in nouvelle revue historique Bd. 14 S. 846. Gegen die Gleichstellung Hardeland a. a. O. S. 134. B.G.B. unterscheidet zwischen Geisteskrankheit und Geistesschwäche, die Grenze ist problematisch.

3) Sehr gewöhnlich definirt man Geisteskrankheit als einen Zustand, in welchem man „des Vernunftgebrauchs beraubt ist", dagegen Mendel in Eulenburgs Vierteljahrsschrift für gerichtliche Medicin n. F. Bd. 49, 2.

schaftsgericht mitzutheilen ist. Gegen den Beschluß kann in Monatsfrist beim Landgerichte Klage gerichtet werden. Ueber sie wird in den Formen des Prozesses verhandelt.[4]

3. Geisteskranke sind *handlungsunfähig*, mögen sie nun bereits *entmündigt* sein oder nicht.[5] Ihre Handlungen gelten als ein Spiel der Naturgewalten, da sie der Direktion gesunder Geisteskraft nicht unterstehen. Geisteskranke können daher durch Rechtsgeschäfte, die sie persönlich schließen, nicht erwerben; sie werden nicht Besitzer, auch wenn sie Objekte körperlich ergreifen, da ihnen der Besitzwille fehlt.[6] Sie können sich nicht durch Rechtsgeschäfte verbinden und nicht kontraktwidrig handeln,[7] rechtsgeschäftliche Mittheilungen an sie sind unwirksam. Durch Delikte werden sie weder civilrechtlich noch kriminalrechtlich haftbar, weil sie ihnen nicht zurechenbar sind, ein Satz verfeinerter Rechtsanschauung, welcher freilich in Rom nur allmählich durchdrang.[8] Soweit Verpflichtungen ohne Willen entstehen — re — werden auch Geisteskranke verpflichtet.[9]

---

4) C.P.O. §§ 645 ff. Mandry, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze S. 36 ff. Antragsberechtigte sind namentlich der Ehemann, Hausvater, Vormund, Verwandte, der Staatsanwalt beim vorgesetzten Landgericht. Es liegt hierin etwas einer römischen Popularklage Aehnliches, vgl. über diese unten § 130.

5) Nach B.G.B. § 104 sind geschäftsunfähig außer den wegen Geisteskrankheit Entmündigten diejenigen, die sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden, nicht nur vorübergehenden Zustande krankhafter Störung der Geistesthätigkeit befinden. Dagegen sind nach § 114 die wegen Geistes*schwäche* Entmündigten in der Geschäftsfähigkeit nur beschränkt.

6) Hieraus erklärt sich wohl die l. 26 D. de manumissionibus 40, 1 Javolenus libro 4 ex posterioribus Labeonis. Servum furiosum omni genere manumissum ad libertatem perduci putat posse Labeo. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 236 Anm. 12 findet den Zweifel Labeos räthselhaft, da es bei keiner Freilassungsform auf den Willen des Sklaven ankomme. Labeo hatte aber die unförmliche Freilassung, das morari in libertate im Auge. Das Wesen dieser Art der Freilassung beruhte darauf, daß der Herr seinen Sklaven in den *Besitz* der Freiheit setzte; daher mußte sich fragen, ob der Erwerb eines solchen Besitzes Willensfähigkeit des Sklaven erfordere.

7) Wer sein Leben versichert, nach den Bedingungen der Versicherung aber seinen Anspruch im Falle des „Selbstmords" oder der „Selbsttödtung" verwirkt, behält seinen Anspruch auf die Versicherungssumme, wenn er sich in unzurechnungsfähigem Zustande tödtet. Denn nur der äußeren Erscheinung nach liegt Selbstentleibung vor, in Wahrheit aber steht der sich Tödtende unter dem Eindruck von Impulsen, denen er keinen Widerstand entgegenzusetzen vermag, so daß ihnen, nicht ihm selbst die Entleibung zuzuschreiben ist. Vgl. R.O.H.G. Bd. 18 S. 211, R.G. Bd. 4 S. 157.

8) l. 5 § 2 D. ad legem Aquiliam 9, 2 Ulpianus libro 18 ad edictum. Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? et Pegasus negavit: quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? Et hoc est verissimum, cessabit igitur Aquiliae actio quemadmodum, si quadrupes damnum dederit Aquilia cessat, aut si tegula ceciderit. l. 3 § 11 D. de S. C. Silaniano 29, 5. l. 3 § 1 D. de injuriis 47, 10. Die Kriminalpraxis konnte sich vom Nützlichkeitsstandpunkt aus mit diesem Princip schwer befreunden l. 13 § 1 D. de officio praesidis 1. 18. Andere Stellen siehe bei Pernice a. a. O. S. 239.

9) l. 46 D. de obl. et act. 44, 7; vgl. l. 16 § 1 D. qui test. facere 28, 1.

4. Der Geisteskranke, welcher lichte Augenblicke — lucida intervalla — hat, ist während derselben handlungsfähig, dies galt gemeinrechtlich auch, wenn er entmündigt ist und einen Kurator hat.[10]

Hieraus war zu folgern, daß Geisteskranke, die partiell krank, aber von ihrer fixen Idee abgesehen bei Vernunft sind, insoweit handlungsfähig sind, als ihre Vernunft reicht,[11] auch wenn sie unter Vormundschaft stehen.

Ueberhaupt entzieht das Stellen unter Kuratel die Handlungsfähigkeit nicht ohne weiteres.[12]

§ 57. Verschwender.[1]

1. Verschwender — prodigi — können entmündigt werden. Es ist hierbei vorausgesetzt:

a) leichtsinniges Verthun des Vermögens, so daß Verarmung zu befürchten steht. Zielloſe und leichtsinnige Vergeudung bloß der Einkünfte des Vermögens rechtfertigt die Entmündigung nicht. Wer ferner zu ernsten Zwecken, wenn auch gewagterweise, sein Vermögen verbraucht, z. B. behufs einer geplanten Erfindung, ist nicht Verschwender.[2]

b) Die Verschwendung muß sich als ein eingewurzelter Hang darstellen. Eine vorübergehende verschwenderische Laune rechtfertigt die Entmündigung nicht, wenn deren Folgen auch noch so schädlich sind. Manche wollen, daß die verschwenderische Lebensweise in einer krankhaften Geistesbeschaffenheit oder in abnormer Willensschwäche wurzelt. Dies ist aber nicht erfordert.[3]

2. Die Entmündigung geschieht durch Beschluß des Amtsgerichtes

---

10) l. 2 C. de contrahenda emtione 4, 38, l. 9 C. qui facere testamentum 6. 22. Nach B.G.B. § 104 Ziff. 3 ist dagegen geschäftsunfähig, wer wegen Geisteskrankheit entmündigt ist. Vgl. hierüber Dernburg, Persönliche Rechtsstellung IV.

11) Es kommt vor, daß der an Geisteskrankheit Leidende und um deswillen Entmündigte zur regelmäßigen Führung seines Haushaltes oder auch seines Geschäftes fähig bleibt, und daß ihm der Vormund diese Führung überläßt. Dann ist er als ermächtigt und befähigt anzusehen, gewöhnliche Haushaltungs- und Erwerbsgeschäfte abzuschließen. Strohal in Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 344, Seuff. A. Bd. 47 N. 43.

12) R.G. Bd. 23 S. 120. Es ist dies wichtig für die Curatel über s. g. gebrechliche Personen, auch für das B.G.B. § 1910.

1) Steiniger, Entm. des Verschwenders 1890, Ad. Schwarz, Entm. des Verschwenders, Tübing. Inauguraldissert. 1891, Audibert in dem oben § 56 Anm. 1 angef. Buch.

2) l. 12 § 2 D. de tutoribus 26, 5 . . . sic tractare bona ad se pertinentia, ut, nisi subveniatur is, deducantur in egestatem. l. 1 pr. D. de curat. furios. 27, 10. Paul. sent. III 4a § 7. Nach B.G.B. § 6 Ziff. 2 kann entmündigt werden, wer durch Verschwendung sich oder seine Familie der Gefahr des Nothstandes aussetzt. B.G.B. § 6 Ziff. 3 kennt auch eine Entmündigung wegen Trunksucht.

3) R.G. Bd. 7 S. 349 ff., vgl. Steiniger a. a. O. S. 61.

auf Antrag von Verwandten oder des Ehegatten oder des Vormundes. Gegen den Beschluß ist Klage beim Landgericht zulässig.[4]

Nicht der verschwenderische Charakter beschränkt die Handlungsfähigkeit, sondern der Beschluß der Entmündigung. Auch diejenigen verschwenderischen Handlungen bleiben daher unanfechtbar, welche den Antrag der Entmündigung hervorriefen und den Beschluß motivirten.

3. Die Entmündigung — bonis interdicere — wegen Verschwendung beruhte in Rom auf Gewohnheitsrecht.[5] Dies lehnte sich daran an, daß man den Verschwender als einen Wahnsinnigen ansah.[6] Hiernach behandelte man ursprünglich die interdicirten Verschwender schlechthin wie Geisteskranke.[7] In der Folge trat aber gemäß der Natur der Sache eine Differenzirung ein. Die entmündigten Verschwender sind

---

4) C.P.O. §§ 680 ff. Ueber die Antragsberechtigten vgl. C.P.O. § 646 Abs. 1. Der Staatsanwalt gehört nicht zu den Antragsberechtigten. Die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen eine Gemeinde oder ein der Gemeinde gleichstehender Verband oder ein Armenverband berechtigt ist, die Entmündigung wegen Verschwendung oder wegen Trunksucht zu beantragen, bleiben unberührt. Der die Entmündigung aussprechende Beschluß tritt mit der Zustellung an den Entmündigten in Wirksamkeit C.P.O. § 683 Abs. 2, Sprenger im Archiv f. c. Pr. Bd. 73 n. 7. Nach gemeinem Rechte beginnen auch die Wirkungen der Entmündigung mit diesem Augenblick. Die Entmündigung ist zwar nach C.P.O. § 687 öffentlich bekannt zu machen. Aber die Wirkung der Entmündigung knüpft sich gemeinrechtlich hieran nicht. — Durch einstweilige richterliche Verfügungen können dem der Verschwendung Beschuldigten schon vor dem Beschluß Beschränkungen auferlegt werden. Vgl. R.G. Bd. 9 S. 180.

5) l. 1 pr. D. de curat. furios. 27, 10 Ulpianus libro 1 ad Sabinum. Lege XII tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est. Unhaltbar ist die Erklärung Ubbelohdes, die Handlungsfähigkeit des Prodigus in Grünhuts Zeitschrift Bd. 4 S. 672 — siehe jedoch auch Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 S. 303 — wonach die zwölf Tafeln im Anschluß an „früheres Gewohnheitsrecht" die Entmündigung der Verschwender festgestellt hätten. Woher sollten die späteren Römer die Quellen der Bestimmungen der 12 Tafeln kennen. Waren nicht die meisten ihrer Bestimmungen vorher Gewohnheitsrecht? Die Interdiktion der Verschwender war den 12 Tafeln fremd, lehnte sich aber an sie an. Sie war lege, sofern man sie aus dem Gesetze herauslas. So muß auch Ulp. fragm. XII § 2, XX, 13. l. 5 § 1 D. de a. vel o. her. 29, 2 aufgefaßt werden. Deutlicher als Ulpian läßt Paulus sent. III 4a § 7 den Gang der Entwickelung erkennen. Moribus per praetorem bonis interdicitur hoc modo: quando tibi bona paterna avitaque nequitia tu disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi aere commercioque interdico. Vgl. Cicero de senectute 7, 22 . . . nostro more male rem gerentibus patriis bonis interdici solet. Später interdicirten die Prätoren auch wenn man nicht die Erbgüter, sondern anderes Vermögen verschwendete. Ubbelohde a. a. O. glaubt, in diesem Falle seien die Verschwender nicht nach Civilrecht, sondern nur nach prätorischem Rechte handlungsunfähig geworden. Dies ist unrichtig. Man stellte die interdicirten Verschwender den Geisteskranken gleich und betrachtete sie daher diesen analog als civilrechtlich handlungsunfähig. So auch Audibert in den oben § 56 Anm. 1, 2 angef. Schriften, dagegen aber Steiniger a. a. O. S. 20.

6) l. 1 pr. D. de cur. furiosi 27, 10 verbis „exemplo furiosi", l. 12 § 2 in fine D. de tut. et cur. 26, 5.

7) Eine Reminiscenz enthält l. 40 D. de R. J. 50, 17 Pomponius libro 34 ad Sabinum. Furiosi vel ejus, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est.

fähig, selbständig zu *erwerben*, nicht aber ihre Vermögenslage zu *verschlechtern*.[8] Dabei sah man auf den Gesammtcharakter des Geschäftes. Daher können sie vortheilhafte Erbschaften antreten, trotzdem sie hierdurch in die Erbschaftsschulden eintreten;[9] sie können selbst Forderungen noviren, wenn diese Novation für sie nützlich ist.[10] Selbstverständlich ist, daß Verschwender sich durch Delikte verpflichten.

Verschwender sind auch *unfähig zu letztwilligen Verfügungen*.[11]

4. Im Fall der Besserung des Verschwenders kann die Aufhebung seiner Entmündigung durch Beschluß des Amtsgerichtes erfolgen. Gegen den ablehnenden Beschluß steht Klage beim Landgerichte offen.[12]

§ 58. Bürgerliche Ehre. Ehrenminderung.[1]

Ehre — existimatio — ist *Werthung unserer Persönlichkeit*. Sie ist *innere* Ehre, soweit sie sich auf das eigene Gefühl, *äußere*, soweit sie sich auf die Anerkennung in der Gesellschaft stützt; *bürgerliche* Ehre endlich ist die Anerkennung unserer Rechtspersönlichkeit im Staate. Die bürgerliche Ehre kann durch Auszeichnungen über das allgemeine Maß gesteigert oder durch Zurücksetzung gemindert werden. Derartige *Ehrenminderungen* liegen vorzugsweise auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes.

Eine *gesetzliche* Ehrenminderung bildete im alten Rom die *Intestabilität*. Ihr verfiel nach Zwölftafelrecht wer, bei einem Rechtsgeschäfte als Solennitätszeuge zugezogen, sich später des gerichtlichen

8) l. 6 D. de V. O. 45, 1. Wer wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt ist, steht nach B.G.B. § 114 Minderjährigen über 7 Jahren bezüglich der Geschäftsfähigkeit gleich.

9) l. 5 § 1 D. de a. vel o. her. 29, 2.

10) l. 3 D. de novationibus 46, 2 Pomponius libro 1 ad Sabinum. Cui bonis interdictum est, novare obligationem suam non potest, nisi meliorem suam conditionem fecerit.

11) l. 18 pr. D. qui testamenta facere 28, 1, unten Bd. 3 § 67. Auch zum Testamentszeugniß ist der Interdicirte unfähig l. 18 pr. D. cit., § 6 J. de test. ord. 2, 10.

12) C.P.O. § 685. Dagegen l. 1 pr. D. de cur. furios. 27, 10. Ulpianus libro 1 ad Sabinum ... tamdiu erunt ambo in curatione quamdiu vel furiosus sanitatem vel ille sanos mores receperit: quod si evenerit ipso jure desinunt esse in potestate curatorum. Audibert in den études S. 304. Endigung der Interdiktion von *Rechtswegen* mit der Besserung des Verschwenders war der gemeinrechtlichen Praxis fremd. Vielmehr forderte sie Gerichtsbeschluß für die Wiederaufhebung.

1) Marezoll, bürgerliche Ehre 1824, Kierulff S. 95, Savigny Bd. 2 S. 170, Aphorismen über den Ehrbegriff bei Eckstein, die Ehre 1889, Binding die Ehre 1892.

Zeugnisses hierüber weigerte.[2] Der intestabilis war unfähig, Zeugniß zu leisten oder sich leisten zu lassen und um deswillen auch testamentsunfähig. Spätere Gesetze bedrohten auch andere Vergehen mit Intestabilität. Sie trifft im justinianischen Rechte nur noch verurtheilte Pasquillanten. Dem gemeinen Rechte war sie fremd.[3]

Außerdem kannten die Römer vorzugsweise zwei Arten von Ehrenminderung, nämlich einmal die Infamie — von Neueren infamia juris genannt — und die Anrüchigkeit, turpitudo — welche Neuere als infamia facti bezeichnen.

1. Die Infamie beruht auf einem rechtlich fixirten Ehrenkodex. Sie ist ein für allemal schablonenhaft bestimmt.

Meist sucht man den Ursprung der Infamie in römischem Gewohnheitsrecht. Doch die Gewohnheit allein konnte so zahlreiche Detailbestimmungen nicht fixiren. Das Richtige ist vielmehr, daß gewisse Thatbestände in römischen Einzelgesetzen und Edikten als Ausschließungsgründe von Ehrenrechten bezeichnet waren und das dies dann gewohnheitsmäßig von einer Verordnung in die andere überging.[4] Auch der Prätor zählte die bezüglichen Fälle in seinem Edikte auf. Insbesondere geschah dies bei Regelung des Rechts der Postulation d. h. des Rechts, Anträge in fremdem Namen beim Gericht zu stellen, also als Prozeßvertreter vor ihm aufzutreten.[5] Durch die Aufnahme in das prätorische Edikt stellten sich die Fälle der Infamie dauernd fest.[6]

---

2) l. 5 § 1 D. de extraordinariis cognitionibus 50, 13 Callistratus libro 1 de cognitionibus: Existimatio est dignitatis inlaesae status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur. Die Konsumtion der bürgerlichen Ehre war Folge des Unterganges der Persönlichkeit durch Verlust der Freiheit. Nach heutigem Rechte kann eine Vernichtung der Ehre nicht mehr vorkommen. Nur eine Minderung der Ehre ist heutzutage möglich.

3) Gell. XV, 13 ex isdem tabulis id quoque est: qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fatiatur, inprobus intestabilisque esto, l. 26 D. qui testam. fac. poss. 28, 1, l. 18 § 1 D. eod., § 6 J. de testam. ord. 2, 10. Vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 240.

4) Cicero pro Cluentio cap. 43 § 120. Erhalten hat sich in den Bruchstücken der lex Julia municipalis von Julius Caesar aus dem Jahre 709 — vgl. Bruns fontes ed. VI p. 104 — die Bestimmung, welche die Ausschließung von Ehrenämtern wegen Infamie regelte.

5) Karlowa, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 9 S. 220 ff., hat nachgewiesen, daß die Fälle der Infamie im prätorischen Edikte zweimal erwähnt waren, einmal bei Gelegenheit der Postulationsbeschränkungen, dann bei der Frage der Fähigkeit zur Bestellung eines cognitor. Vgl. das Edictsbruchstück Vat. fragm. § 320. Das Edikt über die Postulationsbeschränkungen der Infamen restituirt zutreffend Lenel, edictum perpetuum S. 62 ff.; vgl. daselbst S. 73.

6) In der Kaiserzeit wurden die Worte des prätorischen Ediktes das Maßgebende. Vgl. l. 2 D. de obsequiis 37, 15 Julianus libro 14 Digestorum . . . licet enim

Der Idee nach knüpft sich jede Ehrenminderung an niedrige Gesinnung, sollte also von der Würdigung des Falles abhängen. Bei der Infamie ist aber alles äußerlich und typisch geregelt. Dies erscheint hart und unbillig. Immerhin hat die Institution der Aufrechthaltung äußerer Ehrbarkeit in Rom Dienste geleistet, insbesondere auch die Solidität im geschäftlichen Leben Roms gefördert.

Die Neueren unterscheiden mittelbare Infamie — infamia mediata — und unmittelbare Infamie — infamia immediata.

a) Mittelbar ist die Infamie, wenn sie sich an eine Verurtheilung knüpft und nicht ohne weiteres an ehrloses Benehmen.

Vor allem war sie Folge der Verurtheilung in einem judicium publicum, d. h. wegen eines durch Volksgesetz verpönten Vergehens.[7]

Infam machte ferner die Verurtheilung in eigenem Namen wegen vier wichtiger Privatdelikte, nämlich Raub, Diebstahl, Injurie und Betrug, ebenso die Verurtheilung in dem außerordentlichen Strafverfahren — judicium extraordinarium — wegen solcher Vergehen. Auch privater Abkauf der Strafe machte infam.[8]

Endlich wurde infam, wer es wegen Gesellschaft, Tutel, Mandat, Depositum, und nach klassischem Rechte im Falle einer Fiducia zur Verurtheilung kommen ließ. Dies bezog sich aber nur auf die actio directa, und nur beim Mandat im Falle eines Treubruches des Mandanten auf die a. contraria.[9]

Wurde der Beklagte im Civilprozesse durch einen Prokurator vertreten, so trat keine Infamie ein. Der Prokurator wurde nicht infam, weil er nur als Vertreter verurtheilt war, und der Vertretene nicht, weil das Urtheil nicht auf seinen Namen ging, sondern auf den des Prokurators. So umging man das harte Gesetz.[10]

b) Häufig war die Infamie unmittelbare Folge gewisser Thatsachen ohne vorgängiges richterliches Urtheil. Wur-

verbis edicti non habeantur infames ita condemnati, re tamen ipsa et opinione hominum non effugiunt infamiae notam.

7) l. 4 § 4 D. de his qui not. 3, 2. l. 1 § 6 D. de postulando 3, 1. l. 1, l. 7 D. de publico judicio 48, 1. Das Edikt hatte nur der Verurtheilung im judicium publicum wegen calumnia, d. h. wissentlich falscher Anklage und wegen praevaricatio, d. h. absichtlichem Verrath der Anklage gedacht. In der Kaiserzeit knüpfte man die Infamie an jede Verurtheilung in einem judicum publicum. Ursprünglich verstand man hierunter das Verfahren vor den Geschworenen, der quaestio publica, später das Verfahren bei dem nach Maßgabe der lex urtheilenden Magistrate, welcher an die Stelle des Geschworenengerichtes als Richter getreten war.

8) l. 4 §§ 5 ff. D. h. t. 3, 2, l. 14 D. eod. Vgl. Savigny S. 176, Marezoll S. 134 ff.

9) Gaj. Inst. IV § 182, l. 6 § 5, l. 7 D. h. t. 3, 2.

10) l. 6 § 2 D. h. t. 3, 2.

den die Thatsachen in Abrede gestellt, an welche die Infamie geknüpft war, und hierüber gerichtlich entschieden, so *konstatirte* das Erkenntniß nur die *bestehende* Infamie, dieselbe war also nicht Folge des Erkenntnisses.[11]

Unmittelbare Infamie knüpfte sich unter anderem an schimpfliche Entlassung aus dem Heere;[12] an zahlreiche geschlechtliche Verfehlungen, insbesondere gleichzeitiges doppeltes Verlöbniß sowie Bigamie,[13] Verletzung des Trauerjahres durch die Wittwe,[14] gewerbsmäßige Unzucht und gewerbsmäßige Kuppelei; endlich war sie Folge des Auftretens als Schauspieler.[15] Nach vorjustinianischem Rechte machte auch Konkurs infam.[16]

Die einmal verwirkte Infamie war lebenslänglich. Nur Begnadigung durch Senat oder Kaiser — in integrum restitutio — konnte dem Infamen die Ehre zurückgeben.[17]

Die Infamie schloß von Ehrenämtern aus;[18] sie bildete ferner ein Hinderniß für die Ehe mit Unbescholtenen,[19] hatte Unfähigkeit zur Postulation für Dritte bei Gericht zur Folge und nach der Notariatsordnung von 1512 auch Unfähigkeit zum Notariat.[20]

2. Neben der Infamie kommt die turpitudo vor, d. h. die auf einem *schimpflichen Lebenswandel* beruhende *sociale Mißachtung*. Sie bemißt sich nach individuellen Momenten. Mit der Besserung der Sitten und der Rehabilitirung in der Gesellschaft hört sie auf. Ueber sie befindet das richterliche Ermessen.

Die Erbeseinsetzung einer persona turpis berechtigt die Geschwister des Erblassers, welche dessen nächste gesetzliche Erben wären, und denen

---

11) Unmittelbar infam war die im Ehebruch ergriffene Frau. Ulpianus libro 1 ad legem Juliam et Papiam l. 43 § 12 D. de ritu nuptiarum 23, 2 führt aus: si deprehensa quidem sit, damnata autem non sit, notata erit? ego puto etsi *absoluta sit* post deprehensionem adhuc tamen notam illi obesse debere, quia verum est, eam in adulterio deprehensam: quia factum lex, non sententiam notaverit.

12) l. 2 D. h. t. 3, 2.

13) l. 13 § 2 D. h. t. 3, 2.

14) l. 8 ff. D. h. t. 3, 2.

15) l. 2 § 5 D. h. t. 3, 2.

16) Gaj. Inst. II § 154, IV § 102, lex Julia municipalis 115 ff. Anders im Falle der cessio bonorum l. 11 C. de causis, ex quibus infamia 2, 11.

17) l. 1 § 9, § 10 D. de postulando 3, 1. In der Lebenslänglichkeit der Infamie lag etwas Hartes, ja Grausames.

18) Cicero pro Cluentio cap. 42, l. 6 § 3, l. 12 D. de decur. 50, 2, l. un. C. de infamibus 10, 59.

19) Vgl. über dieses Eheverbot Savigny Bd. 2 Beilage VII S. 517 ff.

20) Not.O. § 2.

das Pflichttheil nicht hinterlassen ist, zur Anfechtung des Testamentes, weil der Schimpf der Uebergehung als durch die Bevorzugung eines solchen Erben gesteigert erscheint.[21] Dies ist die einzige, gesetzlich besonders normirte Folge der turpitudo.

Daß die Infamie in Deutschland recipirt wurde, ist zweifellos; denn die Gesetze des alten Reichs setzten ihre Geltung voraus, und bestimmten neue Fälle und Folgen derselben.[22] Doch erstreckte sich die Reception nicht auf alle römischen Fälle; insbesondere trat in Deutschland nie Infamie ein als unmittelbare Folge der Verurtheilung aus Kontraktsklagen.[23]

Das deutsche Strafgesetzbuch hat aber die Infamie vollständig beseitigt,[24] indem es den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte gemäß germanischer Rechtsideen in einer mit dem römischen Institut unverträglichen Weise ordnete.[25] Hiernach ist der Verlust der Ehrenrechte Strafzusatz für Vergehen, welcher durch das strafrichterliche Urtheil besonders ausgesprochen sein muß. Diese Aberkennung ist bei einigen Vergehen zulässig, bei anderen geboten.[26] In der Regel ist er auf Zeit auszusprechen. Die Folgen sind vorzugsweise Unfähigkeit zu öffentlichen Aemtern und zur Ausübung anderer politischer Rechte, Unfähigkeit zum Zeugniß bei Aufnahme von Urkunden, zur Vormundschaft und Zurücksetzungen im Gesellschaftsrechte.[27]

Die turpitudo als bloß thatsächliche Ehrenminderung blieb unberührt.

Die Unterschiede in der Rechtsfähigkeit wegen des religiösen Bekenntnisses, welche in der römischen christlichen Kaiserzeit zur

---

21) l. 27 C. de inofficioso testamento 3, 28 — Constantinus.

22) Zahlreiche Reichsgesetze, welche die Infamie erwähnen, citirt Savigny Bd. 2 S. 227. Ueber die Aufnahme und Weiterbildung der Infamie im kanonischen Rechte vgl. Hinschius, Kirchenr. Bd. 5 S. 41 ff.

23) Denn die Praxis erforderte, daß in dem Urtheil der „überwiesenen Treulosigkeit" ausdrücklich Erwähnung geschehen sein müsse, wenn die Infamie eintreten sollte, Glück Bd. 5 S. 196, und dies geschah nicht. Andere erachteten geradezu die Infamie wegen Verurtheilung aus Kontrakten als beseitigt.

24) Für die Unanwendbarkeit der Infamie im gemeinen Rechte erklärte sich schon früher namentlich Savigny Bd. 2 S. 228.

25) Mandry, civilrechtlicher Inhalt der Reichsgesetze S. 88. Windscheid Bd. 1 § 56.

26) Strafgesetzbuch § 32. Auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte muß erkannt werden bei Meineid, schwerer Kuppelei und gewerbsmäßigem Wucher, Strafgesetzbuch §§ 161, 181 und 302 d.

27) Strafgesetzbuch § 34. Rechtsanwaltsordnung § 6. Reichsgesetz über die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften v. 1. Mai 1889 § 68. Reichsgewerbeordnung §§ 83 und 86. R.Gesetz über die eingeschriebenen Hülfskassen v. 7. April 1876 § 21. Unfallversicherungsgesetz §§ 34, 42, R.Ges. v. 10. April 1892 betr. d. Krankenversicherung §§ 6 a, 26 a, 27, R.Ges. betr. die Invaliditäts- und Altersversicherung § 50.

Geltung kamen, wurden in Deutschland nicht festgehalten und neuerdings ausdrücklich beseitigt.[28]

Zweites Kapitel.

Die juristischen Personen.[1]

A. Allgemeines. Die Arten.

§ 59. Verhältniß der juristischen zur physischen Person.

1. Außer dem menschlichen Individuum haben eine selbständige Rechtsfähigkeit gewisse, der menschlichen Gesellschaft angehörende Organisationen. Solche Organisationen pflegt man derzeit juristische Personen zu nennen; im vorigen Jahrhundert war der Ausdruck moralische Person in Uebung, so daß man moralisch in dem Sinne von „transcendent" d. h. über der Körperwelt hinausliegend auffaßte.

Arten der juristischen Personen sind Korporationen[2] — Körperschaften — d. h. Personengesammtheiten, ferner Anstalten, d. h. öffentliche Einrichtungen, endlich Stiftungen, d. h. nützlichen Zwecken gewidmete Vermögen.

Unter den juristischen Personen haben eine besondere juristische Stellung die öffentlichen d. h. der Staat und die ihm zugehörigen Organisationen mit selbständiger Persönlichkeit, sowie die katholische Kirche und die evangelische Landeskirche mit ihren Organisationen. Die übrigen juristischen Personen sind private.[3]

---

28) Reichsgesetz v. 3. Juli 1869. Mandry, a. a. O. S. 65. Windscheid § 55 Anm. 3.

1) Aus der Litteratur über die juristischen Personen heben wir hervor: Savigny Bd. 2 S. 235, welcher die ältere Litteratur anführt, Brinz, Pand. 1. Aufl., 2. Abth. 1868 S. 979 ff. 2. Aufl. Bd. 3 §§ 432 ff., Salkowski, zur Lehre von den juristischen Personen 1863, Böhlau, Rechtssubjekt und Personenrolle 1871, Zitelmann, Begriff und Wesen der s. g. juristischen Personen 1873, Bolze der Begriff der juristischen Person 1879, Burckhard in Grünhuts Zeitschrift Bd. 18 n. 1, G. Rümelin, Methodisches über jur. Pers. 1891, Zweckvermögen 1892. Ein reiches Material hat verarbeitet Gierke, deutsches Genossenschaftsrecht. Vor allem ist hier wichtig Bd. 3 „die Staats- und Korporationslehre des Alterthums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland". Hierzu kommt: Gierke, die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung 1887. Vgl. noch Gradenwitz in Grünhuts Ztschr. Bd. 18 S. 337. — Reichhaltig Giorgio Giorgi, la dottrina delle persone giuridiche 1889 bis 1892, 3 Bde.

2) Die Römer bezeichneten nur die Privatkorporationen als „corpora". die Neueren verstehen unter Korporationen alle Personengesammtheiten.

3) Ueber die Kennzeichen der Eintheilung besteht keine Einigkeit. Unsere Bestimmung entspricht dem geschichtlich gegebenen Thatbestand. Vgl. Regelsberger Bd. 1 § 91.

2. Es ist herkömmlich, die juristischen Personen als fingirte zu betrachten. Die Idee der Fiktion zieht sich seit der Zeit der Postglossatoren durch die Litteratur und hat bis zum heutigen Tage Vertreter.[4] Der ursprüngliche Begriff der Persönlichkeit, führt insbesondere Savigny aus, falle mit dem des Menschen zusammen; denn um des Menschen willen sei alles Recht da. Dieser ursprünglichen Idee entspreche die Formel: jeder einzelne Mensch und nur der einzelne Mensch ist rechtsfähig. Durch Ausnahmerecht sei jedoch des Nutzens halber die Rechtsfähigkeit auf künstliche, durch bloße Fiktion angenommene Subjekte ausgedehnt worden. Das seien dann die juristischen, d. h. die bloß zu juristischen Zwecken geschaffenen Personen.

Lange suchte man auf solche Fiktion die Theorie der juristischen Personen zu gründen. In neuerer Zeit aber gab sie den Anlaß zu dem Unternehmen, die Theorie der juristischen Personen aus den Angeln zu heben und deren Existenz zu leugnen. — Insbesondere erklärte Brinz dem Begriffe der juristischen Person den Krieg. Von fingirten Personen zu sprechen, sei ein Fehler; es liege darin das Zugeständniß, daß eine wirkliche Person fehle, denn fingirte Wesen seien nicht existirende. Was nicht existire, könne aber keine Rechte haben. Fingirtes ferner könne nicht wollen, ohne „Wollen und Dürfen" aber bestehe kein Recht, ohne die Fähigkeit hierzu keine Rechtsfähigkeit. Wirklich vorhanden sei nur ein Zweckvermögen, nämlich ein Vermögen, welches Niemandem gehöre, aber zu gewissen Zwecken diene. In diesem Vermögen fänden sich Eigenthum ohne Eigenthümer, Forderungen ohne Gläubiger, Schulden ohne Schuldner — subjektlose Rechte.[5]

Mit diesen Ausführungen wird die ungesunde Idee der Fiktion zu Tode gehetzt, aber das Wesen der juristischen Person nicht getroffen.

Es ist unhistorisch, daß ursprünglich der Mensch allein Persönlichkeit hatte. Vielmehr ist die juristische Person urwüchsig, und bereits in den Anfangsstadien von Staat und Recht vorhanden.

Seit alten Zeiten hatte insbesondere in Rom die Volksgemeinde juristische Persönlichkeit, und ihr nachgebildet die Gemeinden, nicht minder

---

4) Vgl. Gierke a. a. O. Bd. 3 S. 362, Savigny Bd. 2 S. 226, Kierulff S. 129.

5) Brinz a. a. O. 2. A. §§ 60 ff. Die juristische Person, meint B., gehöre so wenig in die Personenlehre, wie etwa die Vogelscheuche in die Naturgeschichte des Menschen gehöre, weil sie einen Menschen vorstelle. — Die Grundanschauung von Brinz theilt Bekker, Pand. Bd. 1 S. 196, doch wiederstrebt er nicht „einstweiliger Beibehaltung" der juristischen Person mit Rücksicht auf Herkommen und Bequemlichkeit, wenn man sich nur hüte, aus der Fiktion weitere Folgerungen zu ziehen, „als man eben brauchen kann". Dagegen Karlowa, z. L. v. d. juristischen Personen in Grünhuts Ztschr. Bd. 15 S. 381, G. Rümelin a. a. O., Regelsberger Bd. 1 § 76.

Korporationen, die zum Theil ihren Ursprung auf Numa und auf Servius Tullius zurückführten.[6]

In der That ist es eine gesellschaftliche Nothwendigkeit, die sich unmittelbar geltend macht und nichts Künstliches hat, daß sich die Vermögensfähigkeit nicht bloß an Individuen, sondern nicht minder an sociale Organisationen knüpft. Denn die Vertheilung der Sachgüter unter die Individuen ist zwar eine zweckmäßige, auf höheren Kulturstufen unentbehrliche Form des Gesellschaftslebens. Aber das Individualeigenthum bedarf einer Ergänzung seiner Einseitigkeit und einer Ausgleichung seiner Härten. Diese liegt eben darin, daß neben den physischen Personen[7] Personengesammtheiten, Anstalten, Stiftungen die privatrechtliche Vermögensfähigkeit haben; erst dadurch werden sie fähig, allgemeinen Zwecken dienstbar zu sein.

Die juristischen Personen sind freilich nichts Körperliches, aber keineswegs etwas Unwirkliches; sie sind Vorstellungen, aber um deswillen nicht Fiktionen. Beides ist nicht identisch. Denn die *Fiktion* denkt etwas einem Thatbestand hinzu oder von ihm hinweg, was *nicht* ist, im Widerspruch mit der Realität der Dinge. Die Vorstellung der juristischen Person unterstellt dagegen das *Wirkliche einem ihm entsprechenden Begriffe*. Der Begriff einer Gemeinde z. B. knüpft sich an Land und Leute, die in einem gewissen Verhältnisse stehen. Diese Vorstellung entspricht der Realität der Dinge. Sie ist kein Erzeugniß der Phantasie, wie man vermeint hat, sondern des Verstandes; sie hat Allgemeingültigkeit.[8]

Ist hiernach die juristische Persönlichkeit *keine Fiktion*, so fällt die Prämisse der Auffassung von Brinz und damit ist sie erledigt.[9]

---

6) Vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 254.

7) Die Aeußerung der l. 2 D. de statu hominum 1, 5 von Hermogenianus libro 1 juris epitomarum: hominum causa omne jus constitutum est zieht insbesondere Savigny a. a. O. S. 2 dafür an, daß natürlicher Weise nur Menschen Rechtssubjekte seien. Mit Unrecht. Unzweifelhaft ist alles Recht um der Menschen willen da. Aber auch das Recht der juristischen Personen dient den Menschen.

8) Nicht begründet ist, daß die *Römer* die juristische Persönlichkeit auf eine Fiktion stützten. Vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 281. Gierke, Genossenschaftsrecht Bd. 3 S. 104, hat ihn nicht widerlegt. Mit Unrecht bezieht man sich auf l. 22 D. de fidejussoribus 46, 1 von Florentinus libro 8 institutionum. Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fidejussor accipi potest, quia hereditas *personae vice fungitur* sicuti municipium et decuria et societas. Florentin erklärt hier die Rechtsfähigkeit der hereditas jacens damit, daß sie an Stelle eines rechtsfähigen Menschen stehe, wie dies auch bei juristischen Personen der Fall sei. Er will vergegenwärtigen, daß es außer den physischen auch vorgestellte Personen gebe. Es ist schwer begreiflich, wie man aus einer solchen Parallele eines juristischen Schriftstellers weittragende Schlüsse ziehen kann. Vgl. auch unten Bd. 3 § 61.

9) Was Brinz Zweckvermögen nennt, deckt sich auch nicht mit dem Thatbestande des gegebenen Rechtes. Es bestehen juristische Personen, die Vermögen nicht besitzen.

§ 60. Korporationen.

1. Das Vorbild aller Korporationen war den Römern die Volksgemeinde. Sie war, soweit die geschichtliche Erinnerung reicht, Vermögenssubjekt und schloß als solches Kontrakte mit den Bürgern. Allerdings standen ihre Vermögens- und Verkehrsrechte nicht unter den strikten Normen des Civilrechtes, sondern unter eigenen freieren Ordnungen.[1] So mochte man dies Recht im jus publicum mitbegreifen. Doch der Sache nach handelte es sich nicht um Hoheitsrechte des Staates sondern um Rechte und Pflichten privatrechtlicher Art.

Die kaiserliche Kasse — der Fiskus — trat unter die Normen des ordentlichen Privatrechtes, welches inzwischen unvergleichlich frei und vielseitig ausgebildet war. Diese Kasse absorbirte seit der späteren Kaiserzeit die Staatskasse. In Folge dessen nennt man noch heute den Staat als Vermögenssubjekt Fiskus. Der Fiskus hat aber nicht den Charakter einer Korporation; er bildet vielmehr eine Anstalt.

Die Persönlichkeit des Staates ist eine einheitliche. Hieran ändert nichts, daß die Verwaltung des Staatsvermögens verschiedenen Kassen — stationes fisci — anheimfällt.[2]

Das Recht des Fiskus ist in Einzelheiten ein singuläres; es stehen m zahlreiche Privilegien zu.[3] Insbesondere hat er gesetzliche Pfandrechte[4] und berechnet aus seinen Kontrakten seinen Schuldnern stets Zinsen, giebt aber seinen Gläubigern keine Zinsen, wenn sie nicht ver-

---

Eine Universität z. B., die aus staatlichen Mitteln erhalten wird, kann mit Korporationsrechten ausgestattet sein, ohne irgend welches Vermögen zu besitzen. Trotzdem hat sie Vermögensfähigkeit und kann durch Vermächtnisse oder Schenkungen Vermögen erwerben. Dagegen sagt freilich Demelius in Iherings Jahrbuch Bd. 4 S. 121: „was vor der Existenz eines Vermögens besteht, ist nur das ganz außerhalb des Privatrechtes liegende", „sie sind erst juristische Personen dadurch, daß sie und sobald sie in Vermögensbeziehungen treten." Vgl. auch Brinz 2. A. Bd. 3 S. 459.

1) Ueber das Vermögens- und Verkehrsrecht des republikanischen Staates vgl. Heyrovsky leges contractus 1882 und vor allem Pernice, Parerga II in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, neue Folge Bd. 5.

2) Dies tritt am bestimmtesten hervor in der l. 2 C. de solutionibus 8, 42 von Alexander. Liberari fidejussores, quotiens fiscus tam creditori quam debitori licet diversis stationibus succedit, jus certum est, quod et in tua persona procuratores mei custodient. In der l. 1 C. de compensationibus 4, 31 wird freilich die Kompensation mit Forderungen an die eine Kasse auf Schulden an eine andere ausgeschlossen. Allein dies ist fiskalisches Specialrecht „propter confusionem diversorum officiorum."

3) Nur der einheimische Fiskus hat diese Vorrechte. Einheimischer Fiskus ist für die deutschen Bundesstaaten auch das deutsche Reich. Laband, Staatsrecht Bd. 2 § 112. Der Regent und die Regentin haben die fiskalischen Vorrechte nach l. 6 § 1 D. de jure fisci 49, 14.

4) l. 1, l. 2 C. in quibus causis 8, 14.

einbart sind.[5] Der Satz den man oft vertheidigt hat, „in dubio contra fiscum" ist dem gemeinen Rechte fremd.[6]

2. Korporationsrechte hatten in Rom die Stadt- und Landgemeinden;[7] heutzutage haben solche auch andere kommunale Verbände, z. B. Kreise, Provinzen.

3. Privatkorporationen, in Rom sehr eingeengt,[8] finden sich in Deutschland in unerschöpflicher Fülle. Einige reichen in frühe Zeiten zurück, z. B. Zünfte, Schützengesellschaften; andere sind Produkte des modernen Associationsgeistes.

Die Privatkorporationen sind theils auf wirthschaftliche Zwecke gerichtet — die sog. Wirthschaftsvereine, theils auf ideale Zwecke, insbesondere zu wohlthätigen, geselligen, wissenschaftlichen, künstlerischen Zwecken, die nichtwirthschaftlichen Privatvereine.[9]

4. Die Kirche galt zeitweise als Korporation, d. h. als die Gesammtheit der Gläubigen. Aber das in der katholischen Kirche liegende Autoritätsprinzip führte dazu, in den Kirchen und kirchlichen Einrichtungen öffentliche Anstalten zu erblicken, welche über den Gläubigen stehen.[10] Auch die protestantischen Landeskirchen haben mehr oder weniger bestimmt den Charakter von obrigkeitlich gesetzten Anstalten.[11]

---

5) l. 17 § 5 und 6 D. de usuris 22, 1, l. 43 D. eod.

6) Man beruft sich auf die l. 10 D. de jure fisci 49, 14 Modestinus libro singulari de praescriptionibus. Non puto eum delinquere, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit. Die Stelle beweist nichts. Gegen den Fiskus in Zweifelfällen zu respondiren, ist hiernach kein Verbrechen, daß es Pflicht sei, sagt Modestin nicht.

7) l. 73 § 1 D. de leg. I. Auch die Gemeinden sind im römischen Rechte mit Privilegien ausgestattet. Vor allem haben sie ein Recht auf restitutio in integrum wie Minderjährige, l. 4 C. quibus ex causis 2, 53. Vgl. auch R.K.O. § 61 Ziffer 2.

8) Vgl. unten § 63. Die Römer unterschieden zwei Arten von Privatkorporationen, nämlich einmal die collegia, wohin unter anderem Zünfte und Brüderschaften zur Aufbringung der Begräbnißkosten gehörten, und zweitens die societates vectigalium, d. h. Publikanensocietäten. Ueber die letzteren gehen die Meinungen sehr auseinander. Vgl. R. Schmid, Archiv für civ. Praxis Bd. 36 S. 166, Rösler in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 4 S. 274, Salkowski, juristische Personen S. 29, Pernice, Labeo Bd. 1 S. 295, M. Cohn, zum römischen Vereinsrecht S. 155. Manche betrachten die societates als Erwerbsgenossenschaften. Es schwebt ihnen das Bild einer modernen Aktiengesellschaft vor. Allein dies ist schwerlich richtig. Es liegt vielmehr eine Kombination zweier Rechtsverhältnisse vor. Die Publikanen bildeten Gesellschaften, schlossen als solche Pachtverträge mit dem Staate, dem sie sich persönlich verpflichteten, und hatten gegen einander die actio pro socio auf Theilung und Ausgleichung, lex Malacitana cap. 65. l. 65 § 15 D. pro socio 17, 2. Daneben konnten sie, wie die Handwerker, eine Innung bilden mit besonderer Korporationsverfassung und mit Korporationsvermögen, welchem auch Erbschaften zugewendet wurden, l. 1 pr. § 1 D. quod cujuscumque universitatis 3, 4, l. 3 § 4 D. de bon. poss. 37, 1. Der korporative Zusammenschluß der Publikanen hat auf ihr Societätsverhältniß nur in einigen Punkten zurückgewirkt, l. 59 pr.. l. 63 § 8 D. pro socio 17, 2. Vgl. noch neuestens Kniep, societas pulicanorum. Bd. 1 1896.

9) Diese Unterscheidung ist für das B.G.B. §§ 21 ff. besonders wichtig.

Dagegen bilden Religionsgesellschaften anderer Art, denen die Rechte juristischer Persönlichkeit verliehen sind, private Korporationen.

Der Unterschied zeigt sich in folgendem. Wenn sämmtliche Mitglieder einer katholischen oder protestantischen Gemeinde aus der Kirche austreten, so bleibt dieselbe dennoch als juristische Person bestehen. Religionsverbände anderer Art finden ihr Ende, wenn ihre sämmtlichen Glieder austreten.

§ 61. Gegensatz von Korporation und Gesellschaft.

Eine Personenverbindung zur Erreichung gemeinsamer Zwecke ist in zwei Formen möglich, nämlich in derjenigen der *Korporation* und in derjenigen der *Gesellschaft*. Beide Formen der Association wurden von den Römern in scharfer Folgerichtigkeit ausgebildet.

1. *Ihering* hat die Ansicht vertheidigt, daß auch bei Korporationen deren *Mitglieder* die wahren Rechtssubjekte bilden, so daß die juristische Person nur die nach außen gekehrte eigenthümliche Erscheinungsform ihrer rechtlichen Beziehungen sei.[1] Dies giebt kein richtiges Bild. Die *Gesammtheit*, die Korporation ist wie nach außen, so auch nach innen *selbständiges Rechtssubjekt*. Ihr gehört das Korporationsvermögen, ihr dessen Verwaltung und dessen Nutzung. Dies tritt in folgenden Rechtssätzen zu Tage.

a) Die Korporation ist *unabhängig* von der *Individualität ihrer Glieder*. Sie bleibt dieselbe bei deren Wechsel. Sie erhält sich möglicherweise die Jahrhunderte hindurch.[2]

b) Das Vermögen der *Korporation* ist *nicht* Vermögen der *Korporationsgenossen*.[3] Die Forderungen der Korporation sind

---

10) Gierke Bd. 3 S. 251. Schulte, die juristischen Personen der katholischen Kirche 1869. Brinz Bd. 2 S. 497 ff.

11) Gierke Bd. 3 S. 799.

1) Ihering, Geist des römischen Rechtes Bd. 3 Abthlg. 1 S. 356, 4. Auflage. Er erachtet die juristische Person als bloßes Aftersubjekt, denn es widerspreche dem Rechtsbegriff, daß jemand Recht habe, welcher nicht selbst genußfähig sei. Bei den Stiftungen sieht Ihering in den Destinatären, also in den Armen, Kranken, Kunstfreunden soweit irgend thunlich, die wahren Rechtssubjekte.

2) l. 76 D. de judiciis 5, 1. Alfenus Varus libro 6 Digestorum; populum eundum hoc tempore putari, qui abhinc centum annis fuisset, cum ex illis nemo nunc viveret. l. 7 § 2 D. quod cujuscumque universitatis 3, 4. Ulpianus libro 10 ad edictum: In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes idem maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint.

3) l. 6 § 1 D. de divisione rerum 1, 8 Marcianus libro 3 institutionum. Universitatis sunt, non singulorum veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatum: ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intellegitur, sed universitatis et ideo tam contra civem quam pro eo servum civitatis posse torqueri divi fratres rescripserunt. ideo et libertus civitatis non habet necesse veniam edicti pe-

nicht Forderungen ihrer Mitglieder, die Schulden der Korporation verpflichten die Korporationsmitglieder nicht.[4] Die Korporation kann allerdings zur Tilgung der Korporationsschulden Umlagen nach Maßgabe der Korporationsverfassung ausschreiben; die Gläubiger aber haben einen Anspruch gegen die Korporationsglieder wegen der Korporationsschulden nicht.

c) Die Korporation allein ist dazu legitimirt, in Angelegenheiten der Korporation zu klagen und verklagt zu werden. Sie wird hierbei durch ihren Vorstand repräsentirt, fehlt es an einem solchen, durch besonders zu wählende Repräsentanten.[5] Die Korporationsglieder sind hiernach in den Prozeßsachen der Korporation nicht Partei und von der Ausübung des Richteramtes und vom Zeugeneide nicht ausgeschlossen.[6] Dies leidet jedoch Ausnahmen, wenn sie entweder die Korporation im Prozesse repräsentiren,[7] oder wenn sie unmittelbar am Ausgange des Prozesses betheiligt sind.[8]

d) Die Handlungen der Glieder der Korporation berechtigen und verpflichten die Korporation nur, wenn sie auf Grund der Korporationsverfassung zu deren Vertretung berufen sind.

e) Die Mitglieder können eine Vertheilung des Vermögens der Korporation nicht fordern und dessen Erträge nicht beanspruchen. Sie können bei ihrem Austritte aus der Korporation Auszahlung eines Antheils nicht verlangen.

---

tere, si vocet in jus aliquem ex civibus. l. 1 § 7 D. de quaestionibus 48, 18, l. 10 § 4 D. de in jus vocando 2, 4 — l. 1 § 15 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1. Folgerecht steht nichts im Wege, daß die Korporationsmitglieder an Grundstücken der Korporation Servituten erwerben, was nicht anginge, wenn sie Miteigenthümer derselben wären. Umgekehrt kann die Korporation an Grundstücken der Korporationsmitglieder Servituten erwerben.

4) l. 7 § 1 D. quod cujuscumque univ. 3, 4. Ulpianus libro 10 ad edictum. Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent.

5) l. 7 pr. D. h. t. 3, 4. l. 1 §§ 2 ff. D. eod. In Rom geschah die Repräsentation im Prozesse durch einen zu wählenden Syndikus. Nach der heutigen Organisation ist der Syndikus nur ein Glied des Vorstandes oder gar nur der Vertreter des Vorstandes in Prozeßangelegenheiten. Ueber den Gerichtsstand der Korporationen vgl. C.P.O. § 17, auch § 22. Zustellungen erfolgen an den Vorstand, C.P.O. § 184, Eide hat dieser auszuschwören, vgl. C.P.O. § 473.

6) Vgl. C.P.O. § 41 Ziff. 1.

7) R.G. Bd. 2 S. 400.

8) Unmittelbar Betheiligte sind unbeeidigt als Zeugen zu vernehmen C.P.O. § 393 Ziff. 4. — Wird einer Gemeinde eine Summe vermacht, welche den Armen zu gute kommen soll, so sind solche Arme, denen dieselbe voraussichtlich zufließen wird, als unmittelbar betheiligt zu erachten; andere Gemeindegenossen sind dies selbst dann nicht, wenn in Folge der Gültigkeit des Legats möglicherweise die Gemeindesteuern sich verringern werden. Zu ganz ähnlichen Ergebnissen wie die moderne Praxis kamen schon die Kanonisten des Mittelalters, Gierke Bd. 3 S. 300.

2. Auch die Gesellschaft ist eine Vereinigung Mehrerer,[9] um gemeinsamer Zwecke willen. Aber bei der Gesellschaft wird der Verband nicht personificirt. Rechte und Pflichten knüpfen sich an die Gesellschafter. Daher läßt die Gesellschaft einen Wechsel der Personen der Gesellschafter nicht zu. Eine Gesellschaft Mehrerer löst sich in der Regel durch den Tod, oder durch den Austritt auch nur eines der Gesellschafter auf. Im Falle des Eintritts eines neuen Mitgliedes in die Gesellschaft entsteht eine neue Gesellschaft.

Das Eigenthum und die Rechte, welche Namens der Gesellschaft erworben werden, gehören den Gesellschaftern. Die Schulden verhaften die Gesellschafter persönlich. Klagen und verklagt werden können nur die Gesellschafter als solche.

Jeder Gesellschafter kann nach römischem Rechte seinen Antheil am gesellschaftlichen Vermögen veräußern, einseitig der Gesellschaft ein Ende machen, Theilung des Gesellschaftsvermögens fordern.[10]

3. Der Gegensatz zwischen Korporation und Gesellschaft ist derzeit in Folge deutschrechtlicher Anschauungen weit weniger schroff als in Rom.[11]

a) Die Korporation vor allem gilt als berufen, auch Rechte zu wahren, welche ihren Gliedern als solchen gebühren. Insbesondere ist die Gemeinde legitimirt, Gerechtigkeiten, welche den Gemeindegenossen überhaupt oder einzelnen Klassen derselben oder Besitzern von Grundstücken in ihrer Markung zustehen, durch Klage geltend zu machen oder zur Abwehr von Ansprüchen, die gegen dieselben erhoben werden, negatorisch zu klagen.[12]

b) Da nach römischem Societätsrecht die gesellschaftlichen Rechte zwischen den Gesellschaftern getheilt sind, giebt es nach diesem Recht kein besonderes Gesellschaftsvermögen. Das deutsche Recht dagegen hat das Band unter den Gesellschaftern fester geschlungen in den Gemeinschaften zur gesammten Hand. Der Name ist einem thatsächlichen Vorgang entnommen, der Vereinigung der Hände bei Begründung des Rechtes der Genossen, wie sie im Mittelalter üblich war. Dies Symbol ist längst außer Gebrauch. Das rechtlich Eigenthümliche der Gemeinschaft zur gesammten Hand, die Gemeinsamkeit des Rechts

9) § 5 J. de societate 3, 25.

10) l. 14 D. pro socio 17, 2.

11) Hierüber vgl. vorzugsweise Gierke, Genossenschaftstheorie.

12) Haubold opuscula tom. II. p. 547. Pfeiffer, Praktische Ausführungen Bd. 8 S. 195 ff. Seuff. A. Bd. 1 n. 1, Bd. 16 n. 97. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 205. Das Urtheil für und gegen die Gemeinde macht Recht gegen die Einzelnen. Natürlich bleibt diesen aber unbenommen, besondere Rechte, die sich auf besondere Titel gründen, dem gegenüber geltend zu machen.

an dem Gesellschaftsgut, hat sich erhalten. Hier findet sich keine Theilung unter den Gesellschaftern. Das ganze gesellschaftliche Gut ist vielmehr ungetheiltes Gut der Genossen. In Folge dessen bildet es ein Sondergut, welches sich von dem privaten Vermögen der Genossen rechtlich scheidet.[13]

Zwischen den Gegensatz des einheitlichen und getheilten Rechtes, auf den sich das römische Recht beschränkt, stellt das deutsche und moderne Recht also ein drittes, nämlich das Gesammtrecht der Gesellschafter.[14]

c) Zahlreiche Gesellschaften haben sich weitere korporative Eigenthümlichkeiten angeeignet, die nach den besonderen Zwecken der einzelnen bald überwiegen, bald weniger einschneidend sind.

Manche Genossenschaften z. B. Wald- und Haubergsgenossenschaften, und insbesondere die modernen Aktiengesellschaften kommen den Korporationen so nahe, daß sie von Vielen mit solchen identificirt werden.[15]

Nur einzelne korporative Eigenthümlichkeiten haben unter anderen die offenen Handelsgesellschaften, bei welchen mehrere Personen unter einer gemeinsamen Firma mit persönlicher Haftung ein Handelsgewerbe betreiben. Dieselben sind keineswegs, wie Manche behaupten, juristische Personen, sondern Gesellschaften. Ihr Vermögen gehört den Gesellschaftern, diesen fließen die Nutzungen zu, die Verwaltung ist eine gesellschaftliche. Dennoch sind diese Gesellschaften befugt, als Einheit unter ihrer Firma Eigenthum zu erwerben, als Einheit zu klagen und verklagt zu werden.[16] [17]

Solchen Bildungen des deutschen Rechts fehlt freilich die strenge Konsequenz und logische Einheitlichkeit des römischen Rechts und es entstehen leicht auch in der Rechtsanwendung Zweifel, wie weit das korporative Element reicht. Aber die Associationen können sich hier mehr den Anforderungen des Lebens anschmiegen, sich freier, lebendiger, nützlicher entfalten als unter dem Bann der formalen Logik des römischen Rechtes.

13) Heusler, Institutionen des deutschen Rechts Bd. 1 S. 223 und Gierke a. a. O. insbesondere S. 339, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 80.

14) Dieser Art ist die Gesellschaft des B.G.B. § 705 ff.

15) Das hat sich der preußische Fiskus zu Nutze gemacht, er besteuert einmal das Einkommen, welches die „Aktiengesellschaft" aus dem Unternehmen bezieht, und außerdem das Einkommen, welches die „Aktionäre" aus dem Unternehmen zu beanspruchen haben.

16) H.G.B. § 124. Litteratur „für" und „gegen" die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaften siehe bei Gierke a. a. O. S. 48 ff. „Für" neuerdings Affolter im Archiv f. bürg. Recht Bd. 5 S. 1.

17) Ebenso die durch Reichsges. v. 20. April 1892 geschaffene Gesellschaft mit beschränkter Haftung, vgl. Goldschmidt, alte und neue Formen der Handelsgesellschaft 1892.

§ 62. Anstalten und Stiftungen.

Außer den Korporationen können Anstalten und Stiftungen mit juristischer Persönlichkeit ausgestattet sein.[1]

1. Eine *Anstalt* mit juristischer Persönlichkeit, wie bemerkt, ist der Fiskus. Juristische Persönlichkeit haben ferner gewisse dem Staate oder Gemeinden zugehörige Anstalten. Zu solchen Staatsanstalten gehören derzeit die Universitäten. Allerdings haben sie sich bis heute korporative Einrichtungen erhalten; aber reine Korporationen, wie dereinst im Mittelalter, sind die Universitäten nicht mehr.

Kirchsprengel, Bischofsstühle, Seminarien und andere Organisationen der protestantischen Landeskirchen und der katholischen Kirche sind gleichfalls Anstalten mit juristischer Persönlichkeit.[2]

2. Seit der christlichen Kaiserzeit erwuchsen im römischen Reiche zahlreiche *milde Stiftungen* — piae causae — z. B. Armen-, Waisen- und Krankenhäuser mit selbständiger Persönlichkeit.[3 4] Die neuere Zeit kennt außerdem Stiftungen zu anderen nützlichen Zwecken, insbesondere zu künstlerischen und litterarischen. Auch Familienstiftungen kommen vor, welche sich auf das Interesse einer Familie beziehen.

Die *Stiftung im engeren Sinne* ist ein nützlichen Zwecken gewidmetes Vermögen mit selbständiger Persönlichkeit. Im *weiteren Sinne* sind Stiftungen auch Vermögen, welche einem *bestehenden*

---

1) Früher identificirte die Theorie die Korporationen mit den juristischen Personen, vgl. Roth in Iherings Jahrbüchern Bd. 1 S. 188 Anm. 1. Savigny Bd. 2 S. 242 unterscheidet Korporationen und Stiftungen. Daneben sind als dritte Art die Anstalten hervorzuheben. Bei der *Stiftung* knüpft sich die Persönlichkeit an das Vermögen, sie entsteht erst durch eine Vermögenszuwendung und erlischt, wenn das Vermögen aufgezehrt ist; die *Anstalt*, z. B. ein Gymnasium, hat Rechtspersönlichkeit, auch wenn sie kein Vermögen hat. Anders Stobbe Bd. 1 S. 430 Anm. 19a. Vgl. Bernatzik im Arch. f. öff. Recht Bd. 5 S. 169 ff., bes. S. 255. Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 60 unterscheidet Körperschaften u. Anstalten, zu den letzteren rechnet er auch die Stiftungen.

2) Vgl. oben § 60.

3) Roth, über Stiftungen in Iherings Jahrbüchern Bd. 1 S. 197 nimmt an, die piae causae hätten im römischen Rechte nicht eine selbständige Persönlichkeit gehabt, es habe bloß, da sie nur als kirchliche Anstalten errichtet werden konnten, eine von der Kirche abgeleitete Persönlichkeit bestanden. Indessen durfte der Stifter selbständig Administratoren ernennen oder die Ernennung Dritten, z. B. Erben, übertragen und die Bischöfe hatten nur die Aufsicht. Die restituirte l. 45 § 3 C. de episcopis 1, 3 besagt: verum si quos specialiter defuncti rebus praeposuerunt, illos administrationem habere sinant neque ipsi administrent, sed inspiciant. Nov. 131 cap. 10. Die Administratoren vertraten die Stiftung in Rechtsgeschäften und Prozessen, l. 48 § 1 C. de episcopis 1, 3. Hierin liegt die selbständige Persönlichkeit der piae causae offen vor.

4) Stiftungen zu milden Zwecken sind besonders privilegirt. Insbesondere gilt dies für letztwillige Verfügungen zu ihren Gunsten.

Rechtssubjekte, z. B. dem Fiskus, einer Gemeinde, einer Kirche, einer Universität zu bestimmtem Zwecke zugewendet sind.[5]

Der Stifter und seine Erben sind befugt, die stiftungsmäßige Verwendung der Stiftsgelder zu fordern.[6] Es besteht ferner öffentlich-rechtliche Pflicht zu stiftungsmäßiger Verwendung, so daß die Aufsichtsbehörde bei Zuwiderhandlungen einschreiten kann.[7 8]

3. Die ruhende Erbschaft, d. h. der Nachlaß eines Verstorbenen vor Antritt des Erben, repräsentirt den Erblasser. Es ist also eine gedachte Person Träger der Rechte und Pflichten der ruhenden Erbschaft.

Hierin liegt ihre Aehnlichkeit mit den juristischen Personen. Im übrigen findet sich nichts Verwandtes. Die juristische Person besteht um allgemeiner Zwecke willen, die ruhende Erbschaft wird im Interesse des einzelnen Individuums, nämlich des Erben, personificirt. Die juristische Person ist in der Regel für die Dauer, die ruhende Erbschaft nur für eine Uebergangszeit bestimmt. Die Rechtsnormen, welche die juristische Person beherrschen, sind auf die ruhende Erbschaft nicht anwendbar.[9]

---

5) Vgl. hierüber Regelsberger Bd. 1 § 87 I, Pernice, Labeo Bd. 3 S. 150. — Ist dies Vermögen, wenn thatsächlich gesondert, dem Zugriff der Gläubiger des „Fiduciars" entzogen? Vgl. Kohler im Archiv f. bürg. Recht Bd. 3 n. 3.

6) Es steht dem Stifter und seinen Erben Klage auf Rückgabe des Stiftungsvermögens — condictio sine causa — aber auch Klage auf Verwendung für die Stiftungszwecke offen. Wird aber die Stiftung durch die Aufsichtsbehörde in Folge ihres Reformationsrechtes zu einer anderen als der stiftungsgemäßen Verwendung genöthigt, so wird es unmöglich, dem Stiftungswillen Genüge zu thun, dem müssen sich auch die Erben des Stifters fügen. Sie haben dann weder Klage auf Erfüllung noch auf Rückgabe.

7) Vgl. Schloßmann, z. L. v. d. Stiftungen in Iherings Jahrb. Bd. 27 n. 1, Kohler, Recht d. Stift. im Archiv f. bürg. Recht Bd. 3 S. 228.

8) Den Stiftungen analog zu behandeln sind die in der modernen Zeit häufiger durch „Sammlungen" pekuniär begründeten „gemeinnützigen Unternehmen" z. B. zur Errichtung eines Denkmals für einen großen Mann. Die eingezahlten Beiträge gehören dem „Unternehmen". Sie gehen aus dem Eigenthum der Beisteuernden heraus und werden gleichwohl nicht Eigenthum der Sammler, so daß diese sie ungestraft unterschlagen dürften. Sie sind noch viel weniger herrenlos und damit gegen Diebstahl und Unterschlagung vogelfrei — was Regelsberger Bd. 1 § 87 Anm. 8 irrig als meine Ansicht bezeichnet. Die Sammler vertreten das Unternehmen und schließen für dasselbe Verträge, durch welche sie sich persönlich nicht verpflichten. — Die Auffassungen sind freilich sehr getheilt. Es handelt sich um eine neuerdings hervorgetretene rechtliche Erscheinung, welche weder gesetzlich noch gewohnheitsrechtlich geregelt ist; daher ist sie nach der „Natur der Sache" zu beurtheilen, vgl. Bekker Bd. 2 S. 283, Regelsberger, a. a. O. und Streifzüge in d. Gött. Festgaben f. Ihering 1892 S. 70, Isay in Iherings Jahrb. Bd. 36 S. 409. B.G.B. § 1914 gestattet die Bestellung eines Pflegers für ein derartiges Vermögen, wenn die zu der Verwaltung und Verwendung berufenen Personen weggefallen sind.

9) Meistens behaupten die Neueren die ruhende Erbschaft sei eine juristische Person. Aber die hierfür angeführte — oben § 59 Anm. 8 abgedruckte — l. 22 D. de fidejussoribus 46, 1 zieht nur eine Parallele zwischen den Verhältnissen. Es liegt kein Grund vor, weiter zu gehen und die hereditas jacens den juristischen Personen unterzuordnen. Siehe auch Dusi la eredità giacente 1891, insbes. S. 62, 116.

B. Entstehung und Ende.

§ 63. Begründung der juristischen Person.

Die juristische Persönlichkeit liegt im Wesen gewisser Organisationen, so daß sie ihnen von ihrer Entstehung an nothwendig innewohnt. Hiervon abgesehen bedarf sie besonderer Begründung.

1. Die selbständige Vermögensfähigkeit ist ein wesentliches Attribut des Staates. Bildet sich ein neuer Staat, so steht ihm folglich unmittelbar juristische Persönlichkeit zu. Als daher der norddeutsche Bund und später das deutsche Reich geschaffen wurden, hatten sie vom Momente ihrer Existenz an juristische Persönlichkeit.

Nicht weniger wesentlich ist die selbständige Persönlichkeit den Gemeinden. Entsteht also eine neue Gemeinde gemäß der staatlichen Ordnung, so ist sie ohne weiteres juristische Person. Auch eine Kirche hat selbständige Persönlichkeit, wenn sie, neu gestiftet, vom Staate anerkannt ist.

Historisch hergebracht ist die juristische Persönlichkeit der Universitäten, auch anderen staatlichen Anstalten z. B. Gymnasien, Banken theilt sie der Staat nach Bedürfniß zu.

2. Private können Privatkorporationen und Stiftungen in das Leben rufen. Sie begründen eine Korporation, wenn sie sich zu erlaubten Zwecken unter einer korporativen Verfassung vereinigen;[1] sie erschaffen Stiftungen, wenn sie entweder durch letztwillige Verfügung oder durch einen Stiftungsakt unter Lebenden Vermögen zu einem nützlichen Zwecke aussetzen und ihm eine selbständige Verwaltung geben.[2]

Bedarf es außerdem einer besonderen Verleihung der Persönlichkeit durch die Staatsgewalt?[3] Viele erachten dies als

---

1) l. 85 D. de V. S. 50, 16 Marcellus libro 1 digestorum. Neratius Priscus tres facere existimat collegium et hoc magis sequendum est. Vgl. hierzu die lex Ursonensis (Bruns fontes ed. VI p. 123) cap. 67. Man will jedoch auch Begründung einer Korporation durch zwei Personen verstatten. Windscheid § 60 Anm. 6, Arndts § 44 Anm. 2.

2) Auch die Stiftung unter Lebenden ist ein einseitiger Akt, nicht wie R.G. Bd. 5 S. 145 ausführte, ein Vertrag, welcher die Annahme Seitens der Stiftungsorgane fordert. Das R.G. a. a. O. schließt aus seiner Auffassung, daß die Formen einer Schenkung nothwendig seien. Litteratur über diese Frage siehe bei Regelsberger Bd. 1 § 88 Anm. 16. Nach B.G.B. § 81 ist das „Stiftungsgeschäft" ein einseitiger schriftlicher Akt; bis zur Ertheilung der staatlichen Genehmigung ist der Stifter zum Widerruf der Stiftung befugt.

3) Die Frage ist eine alte. Die Glossatoren forderten für Korporationen in Gemäßheit der römischen Gesetze staatliche Erlaubniß, was denn allerdings vielfach mit staatlicher Verleihung der Korporationsrechte identificirt wurde, vgl. Gierke Bd. 3 S. 206, S. 288, S. 368, dagegen kamen bereits die Postglossatoren im wesentlichen auf freie Konstituirung der collegia voluntaria ohne obrigkeitliche Genehmigung, Gierke a. a. O. S. 438. Unter den Neueren sind die Ansichten sehr getheilt. Mit

begrifflich nothwendig. Die juristische Person, behaupten sie, sei etwas Künstliches, um deswillen also nur durch besondere Staatsakte in das Leben zu rufen. Der Grund ist nicht zutreffend. Korporationen und Stiftungen sind durch die Organisation der menschlichen Gesellschaft geforderte und in ihr wurzelnde Bildungen. Daher entwickeln sie sich naturwüchsig und man weiß in älteren Rechtszuständen von besonderer staatlicher Konzession nichts. In späteren Epochen wird oft Genehmigung erfordert, aber nur aus polizeilichen Gründen. So geschah es namentlich in Rom.

Zur Zeit der römischen Republik durften sich Privatkorporationen frei bilden.[4] Aus politischen Gründen verboten aber Vereinsgesetze von Julius Caesar und Augustus die *Vereine*, außer bestimmten althergebrachten Korporationen.[5] Man knüpfte in Folge dessen jede neue *Vereinsbildung* an besondere Genehmigung des Senates oder des Kaisers. Dies galt auch für Vereine ohne korporativen Charakter. War aber ein *Verein* mit korporativer Verfassung *zugelassen*, so hatte er ohne weiteres die Rechte juristischer Persönlichkeit.[6] Einer besonderen *Verleihung der Korporationsrechte* durch den Staat bedurfte es also auch in der Kaiserzeit nicht.

In Deutschland recipirte man die römischen *Vereinsgesetze* mit

---

der Ansicht des Textes stimmen überein Beseler P.R. § 67, Windscheid § 60, Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 63. Der entgegengesetzten Ansicht sind Mühlenbruch bei Glück Bd. 40 S. 5, Kierulff S. 132, Savigny Bd. 2 S. 275, Stobbe Bd. 1 § 52 Anm. 6. Bei Stobbe ist die Litteratur zusammengestellt. Vgl. noch Hellmann im Archiv f. c. Pr. Bd. 78 S. 381.

4) Eine Handhabe gab die Zwölftafelgesetzgebung, l. 4 D. de collegiis 47. 22. Karlowa, röm. Rechtsg. Bd. 2 S. 65. Die Ansichten sind übrigens getheilt. Vgl. einerseits Pernice, Labeo Bd. 1 S. 290, andererseits M. Cohn, Vereinsrecht S. 27 und Gierke Bd. 3 S. 80 Anm. 67. Bei Gierke finden sich ausgiebige Litteraturangaben.

5) l. 1 pr. D. quod cujuscumque universitatis 3. 4. Vgl. über die leges Juliae Pernice, a. a. O. S. 299. Das Verbot bezog sich hiernach ursprünglich nur auf die collegia, nicht auf die societates der Publikanen, und war zunächst nur für Rom erlassen. Jedoch wurde es durch Senatuskonsulte und kaiserliche Konstitutionen über die ursprünglichen Grenzen hinausgeführt.

6) Vgl. l. 1 § 1 D. h. t. 3, 4 Gajus libro 3 ad edictum provinciale. Quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis sive cujusque alterius eorum nomine *proprium est* ad exemplum rei publicae habere res communes arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in re publica, quodcommuniter agi fierique oporteat, agatur fiat. Siehe ferner l. 20 D. de rebus dubiis 34, 5 Paulus libro 12 ad Plautium . . . nulla dubitatio est quod, si corpori, *cui licet coire*, legatum sit, debeatur . . . Arndts § 44 Anm. 4, Windscheid § 60 Anm. 3, Pernice a. a. O. S. 303 nehmen demzufolge mit Recht an, daß eine Verleihung der Korporationsrechte nicht stattfand, daß diese Rechte vielmehr nur eine Konsequenz des freigegebenen Assoziationsrechtes bilden. Anderer Ansicht ist freilich Gierke, Genossenschaftsrecht Bd. 3 S. 97 Anm. 219, welcher zwar zugesteht, daß seine Gegner zum Theil den Wortlaut des corpus juris für sich hätten, aber vermeint, sie setzten sich mit dem Geiste der Quellen in Widerspruch.

ihren Beschränkungen und Verboten nicht. Daher ist gemeinrechtlich Zusammentreten zu Vereinen und insbesondere auch zu Korporationen gestattet, ohne daß besondere Staatsgenehmigung erforderlich ist.[7][8]

3. Bezüglich der Stiftungen ist in den römischen Quellen nirgends von Staatsgenehmigung die Rede.[9] Sie hätte den Tendenzen der christlichen Kaiserzeit Roms, welche die milden Stiftungen möglichst begünstigte, nicht entsprochen. Auch gemeinrechtlich bedurfte es ihrer daher nicht.[10]

Das B.G.B. § 80 fordert für Stiftungen Staatsgenehmigung.

§ 64. Ende der juristischen Person.

A. Die juristische Person ist in ihrer normalen Gestalt auf die Dauer angelegt. Die Begründung einer juristischen Person bloß auf Zeit oder bis zur Erreichung gewisser Zwecke ist etwas Außergewöhnliches. Doch ist es nichts Unmögliches.[1] Die juristische Person erlischt dann mit dem Termine, sowie mit der Erreichung ihrer Zwecke.

---

7) Landesrechtlich war überwiegend staatliche Verleihung für den Erwerb der Korporationsrechte gefordert.

8) Das B.G.B. § 21 knüpft die Korporationsrechte nichtwirthschaftlicher Vereine — oben § 60 Ziff. 3 — an Einhaltung gewisser gesetzlicher Bedingungen — sog. Normativbestimmungen — und Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichts. Aber wenn der Verein einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgt, so hat die Verwaltungsbehörde das Recht des Einspruchs gegen die Eintragung sowie das Recht, dem eingetragenen Vereine die Rechtsfähigkeit wieder zu entziehen. B.G.B. § 61 Abs. 2, § 43 Abs. 3.

9) Die nov. 67 und nov. 131 cap. 7 verlangen allerdings zur Grundsteinlegung von Bethäusern und Klostergebäuden die Gegenwart und das Gebet des Bischofes. Hierin sieht Gierke Bd. 3 S. 121 — ähnlich wie früher Mühlenbruch bei Glück Bd. 40 S. 17 — die Nothwendigkeit der Genehmigung der milden Stiftungen durch die Kirchenoberen, die in dieser Richtung unbedenklich als Organe der Staatsgewalt angesehen werden könnten. Es ist offenbar, daß jene Novellen nicht ausreichen um so weittragende Schlüsse zu rechtfertigen. Die restituirte l. 45 C. de episcopis l. 3 giebt vielmehr zu erkennen, daß die milden Stiftungen auch ohne bischöfliche Genehmigung in Kraft traten. Uebrigens war die Frage, ob Stiftungen gemeinrechtlich der staatlichen Genehmigung bedürfen, eine höchst bestrittene. Für deren Nothwendigkeit erklärt sich Vangerow Bd. 1 § 60, Savigny Bd. 2 S. 276; dagegen Puchta § 28, Windscheid § 60.

10) Die Frage wurde vorzugsweise streitig bei Gelegenheit des Testamentes des Frankfurter Bürgers Städel, welcher ein von ihm gestiftetes Kunstinstitut zum Erben einsetzte, so daß erst nach seinem Tode obrigkeitliche Genehmigung eingeholt wurde. Vgl. Elvers, testamentarische Erbfähigkeit 1827, Mühlenbruch, rechtliche Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalles 1828.

11) Privatvereine mit veränderlicher Mitgliedschaft und korporativer Verfassung, welche staatlich nicht als Korporationen anerkannt sind und deshalb bloß erlaubte Gesellschaften bilden, können nach der Praxis immerhin als Einheit klagen und verklagt werden. Damit ist bis zu einem gewissen Grade ihre Rechtsfähigkeit anerkannt, sie sind also Halbkorporationen. RG. Bd. 4 S. 56, Bd. 8 S. 156, Gierke, Genossenschaftstheorie S. 56. So auch C.P.O. §§ 50 Abs. 2, 735 für die nach B.G.B. nicht rechtsfähigen Vereine, jedoch nur hinsichtlich der passiven Parteifähigkeit.

1) Vgl. oben § 62 Anm. 8.

Hiervon abgesehen erlischt die juristische Person

1. mit Wegfallen ihrer Grundlage.

a) Die Korporation insbesondere hört auf, wenn Korporationsmitglieder nicht mehr vorhanden sind. Dagegen genügt das Uebrigbleiben eines Mitgliedes.[2] Ob und in welchen Formen Auflösungsbeschlüsse rechtsgültig sind, bestimmt sich in erster Linie nach der besonderen Verfassung der Korporation. Ist hierüber nichts vorgesehen, so ist Einstimmigkeit vonnöthen; denn ein Auflösungsbeschluß liegt außerhalb des Regelrechten.[3] Ob Staatsgenehmigung zur Gültigkeit des Auflösungsbeschlusses erfordert ist, richtet sich gleichfalls in erster Linie nach dem besondern Rechte der Korporation. Hiervon abgesehen ist Staatsgenehmigung zur Aufhebung öffentlicher, nicht aber privater Korporationen nöthig.[4]

b) Eine Stiftung erlischt, wenn deren Organe wegen Erschöpfung des Stiftungsvermögens ihre Thätigkeit einstellen müssen.[5]

c) Staatliche Anstalten, z. B. ein Gymnasium, enden, wenn sie der Staat eingehen läßt; kirchliche, wenn sie durch rechtsgültige Beschlüsse der geistlichen Oberen eingezogen werden.

2. Staatliche Entziehung der Rechtsfähigkeit beendet die juristische Person gleichfalls.[6] Sie ist durch Gesetz, aber auch, soweit

---

2) l. 7 § 2 D. quod cujuscumque univ. 3, 4 Ulpianus libro 10 ad edictum ... sed si universitas ad unum redit, magis admittitur posse eum convenire et conveniri, cum jus omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis. Savigny Bd. 1 S. 280 erachtet es als einen irrthümlichen Schluß, daß der Tod aller Mitglieder die Korporation nothwendig auflösen müsse. Wo ihr ein dauernder Zweck von öffentlichem Interesse zu Grunde liege, müsse dies verneint werden. Mit Recht erwidert Brinz a. a. O. 1. Aufl. S. 1147: „Wie lange sich die Korporation nach dem Aussterben der Glieder erhält, ist nicht gesagt. Und soll der neu Eintretende sich selbst aufnehmen? Die Korporation kann nicht ohne Personen gedacht werden." Schwankend aber 2. A. Bd. 3 § 454 Anm. 10. Anders ist es nur, wenn in Wahrheit nicht eine Korporation, sondern eine Anstalt vorhanden ist. Die Glossatoren ließen die Korporationen mit Wegfall ihrer sämmtlichen Glieder erlöschen, Gierke Bd. 3 S. 237; anders die Kanonisten, da ihnen die kirchlichen Korporationen zu Anstalten wurden, Gierke a. a. O. S. 350. Die Postglossatoren unterschieden danach, ob eine „spes refectionis" bleibe, vgl. Gierke S. 497 und über die älteren deutschen Praktiker S. 745. Die vorübergehende Zerstreuung der Mitglieder einer Korporation, z. B. in Folge von Krieg oder von Revolution ist natürlich ohne rechtliche Bedeutung. Nach B.G.B. § 75 ist „eingetragenen" Vereinen die Rechtsfähigkeit zu entziehen, wenn die Mitgliederzahl unter 3 herabsinkt.

3) Die Frage ist bestritten. Der hier vertheidigten Ansicht ist Stobbe Bd. 1 § 54 Anm. 9, Windscheid § 61 n. 2, dagegen Regelsberger Bd. 1 § 86 Anm. 11, Gierke, Deutsch. Privatr. 1 § 70 S. 561. Nach B.G.B. § 41 genügt $^3/_4$ Mehrheit der erschienenen Mitglieder.

4) Ist Auflösung durch stillschweigendes Einverständniß aller Glieder statthaft? Dagegen Hellmann a. a. O. S. 385. Manche fordern Staatsgenehmigung des Auflösungsbeschlusses schlechthin. Aber ein gemeinrechtlicher Rechtssatz, welcher dies bestimmt, läßt sich nicht nachweisen.

5) Vgl. Schloßmann in Iherings Jahrb. Bd. 27 S. 66.

6) Vgl. l. 56 D. de usufructu 7, 1 verb. „nec facile capitis deminutione

die juristische Person nicht durch Gesetz begründet oder gewährleistet ist, durch Akte der Verwaltung möglich. Sie geschieht bei Korporationen durch deren Auflösung. Denkbar ist auch, daß der Staat einen Verein bestehen läßt, aber ihm die selbständige Rechtsfähigkeit nimmt.[7]

B. Im Anschluß an alte Doktrinen[8] besteht das Gewohnheitsrecht, daß das Vermögen einer weggefallenen juristischen Person dem Fiskus wie eine Erbschaft zukommt,[9] daß der Fiskus aber zu dessen Verwendung für verwandte Zwecke staatsrechtlich verpflichtet ist.[10 11] Erworbene Rechte Einzelner an dem ihm anfallenden Vermögen hat der Fiskus zu achten.

Statuten sowie rechtsgültige Beschlüsse können natürlich über die Nachfolge in das Vermögen oder dessen Vertheilung auch andere Bestimmungen treffen.

C. Rechtsverhältnisse der juristischen Person.

§ 65. Die Rechtsstellung der juristischen Person.

1. Zahlreiche juristische Personen sind Träger öffentlicher Rechte und Pflichten. An diesem Orte aber ist nur ihre privatrechtliche Stellung zu behandeln.

Die juristische Person ist fähig zu Vermögensrechten jeder Art.[1] Sie ist nicht fähig zu Familienrechten, z. B. nicht zu einer Kindesannahme, auch nicht zur Uebernahme einer Vormundschaft.[2] Eine Testamentsvollstreckung kann ihr aber aufgetragen werden.

---

periturus est". Ueber die Entwickelung der Theorie bei den Neueren siehe Gierke a. a. O., namentlich S. 498. Vgl. B.G.B. § 43.

7) Vgl. B.G.B. §§ 43, 73.

8) Die l. 3 D. de collegiis 47. 22, wonach die Gelder aufgelöster Kollegien unter die Mitglieder vertheilt werden sollen, bezieht sich nur auf unerlaubte Vereinigungen, die eben deshalb keine Korporationsrechte haben.

9) Vgl. B.G.B. § 45 Abs. 3. Ueber die Ansicht der Glosse vgl. Gierke a. a. O. S. 237; zur Zeit der Postglossatoren war das Recht des Fiskus bereits anerkannt, Gierke a. a. O. S. 499.

10) Dies ist namentlich für fromme Stiftungen alten Rechtens. Vgl. die auf Bartolus gestützten Ausführungen von Juristen des Reformationszeitalters bei Gierke a. a. O. S. 714. Das RG. geht von derselben Auffassung aus und hat hierin die Zustimmung von Bähr gefunden, Bähr, Urtheile des Reichsgerichts 1883 S. 14.

11) Erstreckt sich das Recht des Staates im Fall der Aufhebung einer juristischen Person, die ihm durch ihren Sitz angehörte, auch auf deren im Auslande belegenes Vermögen? Man wird dies im Verhältniß der deutschen Staaten unter einander bejahen müssen vgl. instrumentum pacis Osnabrucensis art. V. § 47, Reichsdeputationshauptschluß vom 25. Februar 1803 § 36, Seuffert, Archiv Bd. 26 n. 147. Im Verhältniß zu nichtdeutschen Staaten besteht ein entsprechender Satz nicht.

1) Ueber die Erbfähigkeit der juristischen Personen ist im Erbrecht zu sprechen.

2) Der Geschichte sind freilich derartige Dinge nicht fremd. Die Republik Venedig

2. Die Verfassung zahlreicher Korporationen beruht auf besonderen Gesetzen. Gemeindegesetze regeln z. B. das Recht der Stadt- und Landgemeinden, die Gewerbeordnung das der Innungen.

Soweit zwingende Gesetze nicht eingreifen, sind die Statuten — Vereinssatzungen — der Korporation maßgebend, d. h. autonomische Festsetzungen über die Korporationsverfassung. Solche Statuten giebt sich die Korporation namentlich bei ihrer Gründung; sie können auch später nach Maßgabe ihrer Verfassung vereinbart werden.

Bei Stiftungen bildet der Wille des Stifters, wie er sich in der Stiftungsurkunde ausspricht, das Statut.

Bedeutung hat für Korporationen und Stiftungen auch das Herkommen. Es dient zur Erläuterung der Statuten und Stiftungsurkunden und zur Ergänzung derselben im Fall von Lücken.[3]

Von den Korporationen mit geordneter Verfassung — ordinatae — unterscheidet man solche ohne Verfassung — inordinatae. Werden bei denselben durch besondere Verhältnisse Beschlüsse nöthig, so muß sie die Mehrheit fassen in einer Versammlung, zu welcher alle Genossen gehörig zu laden sind. Die Berufung geschieht seitens des Vorstandes oder, wenn es an einem solchen fehlt, seitens der staatlichen Aufsichtsbehörde.

Lücken in der Verfassung der Stiftung, die bloß die Ausführung des Statuts betreffen, mag die Stiftsverwaltung ausfüllen. Lücken anderer Art müssen durch die Aufsichtsbehörde ergänzt werden.

3. Soweit Gesetz oder Statut nichts Anderes bestimmen, ist das oberste Organ der Korporation die gehörig berufene Versammlung der Korporationsgenossen, s. g. Generalversammlung. Die Beschlüsse der Mehrheit derselben sind in der Regel maßgebend.[4] Aber die Aufhebung der Korporation und die Aenderung ihrer Grundbestimmungen bezüglich ihres Zwecks und Organisation bedarf der Ein-

---

hat mehrfach Fürstinnen als Töchter der Republik erklärt. Auch die Führung von Vormundschaften über unmündige Fürsten durch Staaten ist vorgekommen, z. B. über Wilhelm von Oranien.

3) Bähr, Urtheile des Reichsgerichts S. 19.

4) l. 160 § 1 D. de R. J. 50. 17. Ulpianus libro 76 ad edictum. Refertur ad universos, quod publice fit per majorem partem. Für die Versammlungen der römischen Dekurionen bestand der Satz, daß zur Beschlußfähigkeit die Anwesenheit von $^2/_3$ sämmtlicher Mitglieder erfordert sei, l. 2, l. 3 D. de decretis ab ordine faciendis 50, 9, l. 3 D. quod cujuscumque universitatis 3, 4. In der Praxis suchte man sehr häufig hierin eine allgemeine Regel für alle Versammlungen von Korporationsgenossen, oder man verlangte wenigstens die Anwesenheit von $^2/_3$ bei Bestellung eines Prozeßvertreters — des Syndikus. Dieser Praxis ist namentlich Savigny entgegengetreten. Sie findet derzeit wohl keine Vertheidiger mehr. Vgl. auch Seuffert, Archiv Bd. 14 n. 200.

stimmigkeit; denn jeder Korporationsgenosse hat auf Erhaltung der Korporation in ihrem wesentlichen Bestande ein Recht als Mitglied. Für Aenderungen der Verfassung im Einzelnen kann dies nicht gelten, denn die Korporation muß sich den Zeitumständen und der Erfahrung gemäß weiter bilden können.[5]

In der Regel hat die Korporation einen Vorstand,[6] welcher die Versammlungen der Korporationsgenossen beruft und leitet, die Korporationsangelegenheiten verwaltet und die Korporation nach außen repräsentirt. Nicht selten hat die Korporation ferner Beamte, welche für sie innerhalb ihres Amtskreises handeln.

4. Die Korporationsgenossen haben als solche ein Recht auf Mitgliedschaft[7] und auf Theilnahme an Vermögensvortheilen und Verwaltung, soweit sie den Korporationsgliedern verfassungsmäßig oder statutarisch allgemein zukommt.

Nicht selten haben einzelne Genossen auch Sonderrechte — jura singulorum — bezüglich des Vermögens oder auch der Verwaltung. Diese Rechte sind scharf von bloßen Vergünstigungen zu unterscheiden. Vergünstigungen kann die Korporation durch ihre Beschlüsse einseitig, Sonderrechte kann sie nur unter Zustimmung des Sonderberechtigten aufheben oder mindern.[8]

5. Der Staat hat ein Aufsichtsrecht über die juristischen Personen. Dasselbe geht so weit, daß er ihre Verfassung ändern darf und daß er die Verfolgung anderer Ziele als der statutarischen fordern kann — jus reformandi. Der Staat kann die juristische Person sogar aufheben, wie bereits hervorgehoben wurde.

§ 66. Repräsentation der juristischen Person.

Die juristische Person wird durch ihren Vorstand, ferner durch Beamte innerhalb des ihnen zugewiesenen Wirkungskreises repräsentirt.

---

5) Vgl. R.G. Bd. 25 S. 152. Bähr in Iherings Jahrb. Bd. 21 S. 463, Regelsberger Bd. 1 S. 325. B.G.B. § 33 verlangt zur Aenderung des Statuts eines Privatvereins und zur Auflösung des Vereins $^3/_4$ Mehrheit der erschienenen, zur Aenderung des Zweckes des Vereins die Zustimmung aller — auch der nicht erschienenen — Mitglieder.

6) Nach B.G.B. § 26 muß der Verein einen Vorstand haben.

7) Gegen Ausschließung steht in der Regel der Rechtsweg offen, vgl. aber R.O.H.G. Bd. 23 S. 381, Seuff. A. Bd. 48 n. 4. Anders bei geistlichen Korporationen. R.G. Bd. 26 S. 277.

8) B.G.B. § 35. In Bezug auf die Ausübung der Sonderrechte ist die Korporation — oder Genossenschaft — einseitig zu Anordnungen befugt, sofern die Sonderberechtigten durch sie nicht materiell geschädigt werden. Buchka und Budde, Entscheidungen Bd. 3 S. 48, auch bei Seuffert, Bd. 13 n. 124.

Wieweit diese Repräsentation reicht, darüber besteht kein Einverständniß. Es ist namentlich streitig, ob die juristische Person durch *schuldhafte Handlungen* ihrer Organe verpflichtet wird. Die römischen Quellen verneinen dies ausdrücklich. Die Gemeinde haftet, erklärt Ulpian, nicht aus dem Dolus ihrer Verwalter, nur wegen etwaiger Bereicherung. Denn eine Gemeinde kann nicht dolos handeln.[1] Bei dieser Entscheidung hat man sich jedoch seit dem Mittelalter nicht mehr beruhigt. Schon die Glossatoren erklärten sich für die Deliktsfähigkeit der juristischen Personen in gewissen Grenzen. Die Kontroverse ist seitdem nicht zur Ruhe gekommen. Die gemeinrechtliche Praxis schwankt,[2] und die Theorie ist zwiespältig. Denn einerseits widerspricht es dem Rechtsgefühle, die Entschädigungspflicht der juristischen Personen in Abrede zu stellen, falls ihre Organe durch Unterlassen oder Thun Dritte außerkontraktlich schädigen. Andererseits scheint doch der Satz Ulpians von überzeugender Kraft: „quid enim municipes dolo facere possunt?“[3]

Zur Lösung kann die Frage nur kommen durch die Erkenntniß, daß das *römische* Recht grundsätzlich auf einem *anderen Standpunkte* steht, als das *heutige*.

a) Grundsätzlich konnte man in Rom nur persönlich Rechtshandlungen vollziehen. Daher nahm man an, daß die Willenserklärungen ihrer Beamten die Korporation privatrechtlich nicht berechtigten noch verpflichteten. Dies galt wie für Delikte, so für Kontrakte. Hieraus ergab sich unter anderem der Satz, das die Verwalter des Stadtvermögens bei Aufnahme von Darlehen für die Stadtgemeinde den Darlehnsgläubigern persönlich hafteten, die Stadtgemeinde aber aus dem Darlehen nur insoweit in Anspruch genommen werden konnte, als es in ihren Nutzen verwendet war.[4]

---

1) l. 15 § 1 D. de dolo 4, 3. Ulpianus libro 11 ad edictum. Sed an in municipes de dolo detur actio dubitatur, et puto ex suo quidem dolo non posse dari: quid enim municipes dolo facere possunt? sed si quid ad eos pervenit ex dolo eorum, qui res eorum administrant, puto dandam. de dolo autem decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio. Vgl. l. 4 D. de vi 43, 16. Nicht entgegen steht l. 9 § 1 D. quod metus causa 4, 2.

2) Gierke, Genossenschaftsrecht Bd. 3 S. 234.

3) Die hervorragenden Romanisten stehen meist unter dem Banne Ulpians. So Savigny Bd. 2 S. 310, Vangerow Bd. 1 § 55. Doch ist Windscheid Bd. 1 § 59 Anm. 9, Bekker Bd. 1 S. 221 anderer Ansicht, vgl. auch Bekker in Iherings Jahrbüch. Bd. 12 S. 120. Bei Edgar Loening, die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten 1879, findet sich weitere Litteratur. Loening selbst erklärt sich gegen die Haftung juristischer Personen für die außerkontraktliche Verschuldung ihrer Organe.

4) l. 27 D. de rebus creditis 12, 1. Ulpianus libro 10 ad edictum. Civitas mutui datione obligari potest, si ad utilitatem ejus pecuniae versae sunt, alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, non civitas tenebuntur. Das Entsprechende

Freilich war dies System gegenüber den Anforderungen des Lebens nicht vollständig durchführbar. Wo dieselben dringend wurden, half sich daher die Praxis durch Ausnahmen, für die man eine Erklärung nicht gab. Zum Besitzerwerb insbesondere ist der Besitzwille erfordert, welchen eine Korporation nicht haben kann. Deshalb sprachen viele römische Juristen der Korporation die Fähigkeit zum Besitzerwerb ab. Manche ließen nicht einmal Besitzerwerb durch Sklaven zu, weil die Korporation ihre Sklaven nicht besitze. Die Praxis durchhieb den Knoten; sie erkannte Besitzerwerb für die Korporation durch ihre Sklaven und durch Freie an. Eine wissenschaftliche Erklärung gelang nicht.[5] — Es verlangt ferner der Erwerb einer Erbschaft oder bonorum possessio den Erwerbswillen. Daß die Korporation solchen nicht hat, wird von den Juristen konstatirt, gleichwohl lassen sie den Erbschaftserwerb zu als bloße Singularität aus Nützlichkeitsgründen.[6]

b) Grundsätzlich verschieden ist die *moderne Ansicht*, wie sie zunächst im Mittelalter die Kanonisten anbahnten und die Postglossatoren weiterbildeten.[7] Hiernach wird die *Korporation durch ihre Repräsentanten in ihrem Amtskreise vollständig vertreten*. Der Wille, welchen die Organe der Korporation für diese äußern, gilt als der Korporationswille. Entsprechendes gilt für Stiftungen und Anstalten.

Von diesem Standpunkte aus mußte Theorie und Praxis zu anderen Ergebnissen kommen als die Römer. Die juristische Person wird durch die Handlungen und Unterlassungen ihrer Organe verpflichtet, soweit der Kreis der Zuständigkeit derselben reicht. Daß insbesondere die Gemeinde

---

bestimmt bezüglich der piae causae die nov. 120 cap. 6 § 3. Vgl. auch l. 4 D. quod jussu 15, 4. — Seit der Zeit der Postglossatoren hat man die l. 27 cit. vorzugsweise in der Art beseitigt, daß man in ihr lediglich eine Beschränkung der Zuständigkeit korporativer Vorsteher und Verwalter erblickte. Es soll hiernach die Korporation dann auch ohne versio verpflichtet werden, wenn die Gesammtheit selbst das Darlehen aufgenommen oder der Aufnahme zugestimmt oder eine Specialvollmacht zur Aufnahme ertheilt hat. Vgl. die bei Gierke Bd. 3 S. 400 Anm. 191 Angeführten. Savigny Bd. 2 S. 294 erklärt die Stelle natürlich richtig: aber er hält sie auch für praktisches gemeines Recht, was der Erfahrung zuwiderläuft.

5) l. 1 § 22 D. de a. vel a. p. 41, 2. Paulus libro 58 ad edictum. Municipes per se nihil possidere possunt, quia universi consentire non possunt . . . sed Nerva filius ait, per servum, quae peculiariter adquisierint et possidere et usucapere posse: sed quidam contra putant, quia ipsos servos non possideant. l. 2 D. eod. Ulpianus libro 70 ad edictum. *Sed hoc jure utimur*, ut et possidere et usucapere municipes possint: idque eis et per servum et per liberam personam adquiratur, vgl. l. 7 § 3 D. ad exhibendum 10, 4. Mit dem Zweifel, ob juristische Personen besitzen können, stand der Zweifel, ob ein furtum an ihren Objekten möglich sei, in Verbindung, l. 31 § 1 D. de furtis 47, 2.

6) l. 1 § 1 D. de libertis universitatium 38, 3. Ulpianus libro 49 ad edictum: movet enim, quod consentire non possunt. Ulp. fragm. XXII § 5.

7) Gierke Bd. 3 S. 331, S. 477, Stobbe § 94 Anm. 6a.

durch Darlehen verpflichtet wird, welche die Administratoren derselben im Kreise ihrer Befugnisse aufnehmen, daran zweifelt heutzutage im Ernste niemand mehr.

In gleicher Weise ist die römische Deliktsunfähigkeit der Korporationen als Ausfluß eines Principes, welches das gemeine Recht verlassen hat, nicht mehr praktisch. Vielmehr gilt dolöses wie schuldhaftes Verhalten der Organe der Korporationen innerhalb der äußeren Grenzen ihres Amtskreises als eigene Verschuldung der Korporation.[8]

Dritter Abschnitt.

Von den Rechtsobjekten.

I. Vermögen und Vermögensbestandtheile.

§ 67. Körperliche, unkörperliche Sachen.

Vermögen ist der Inbegriff der geldwerthen Rechte einer Person.[1] Das Vermögen wechselt in seinen Bestandtheilen, es kann sich mindern oder mehren. Dennoch behält es seine Identität als Inbegriff der geldwerthen Güter des Vermögenssubjektes.

Die Vermögensbestandtheile zerlegen die Römer

1. in körperliche Dinge — res corporales — und in unkörperliche — res incorporales.[2]

---

8) Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 748, Deutsch. Privatr. Bd. 1 § 67 S. 528 ff. Zahlreiche Erkenntnisse stellt zusammen Rocholl, Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts Heft 3 n. 12. Es ist zu denselben noch hinzuzufügen ein Urtheil des R.G. bei Fenner, Archiv für civilrechtliche Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 2 S. 334, welches sich sehr entschieden für die Haftung der juristischen Person aus Delikten ihrer Vertreter ausspricht. Neuerdings hat R.G. Bd. 17 S. 105 einerseits die Haftung des Staates für Verschuldung seiner Beamten bei Funktionen öffentlich rechtlichen Inhalts verneint, andererseits für Verschuldung der Beamten bei den zum privatrechtlichen Bereich gehörenden Geschäften bejaht, so daß er deswegen unmittelbar in Anspruch genommen werden kann, vgl. auch R.G. Bd. 29 S. 142 und bei Gruchot Bd. 37 S. 998, R.G. Bd. 32 S. 145, 39 S. 183. Vgl. über und gegen diese Unterscheidung Oertmann im Archiv für bürg. Recht Bd. 10 S. 193, Gierke in Iherings Jahrb. Bd. 35 S. 245 und Eck das. S. 287. — Das B.G.B. §§ 31, 86, 89 erkennt zwar die Deliktsfähigkeit juristischer Personen an; doch erklärt das Einf.Ges. Art. 77, daß die landesgesetzlichen Bestimmungen über die Haftung des Staates und der Gemeinden für den von ihren Beamten in Ausübung der öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden unberührt bleiben.

1) Vgl. oben § 22 Anm. 2 und 3.

2) pr. §§ 1 und 2 J. de rebus incorporalibus 2, 2, — Gaj. Inst. II § 12—14. Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales eae sunt, quae sui natura tangi possunt: veluti fundus, homo, vestis, aurum, argen-

a) *Körperliche Dinge sind die im Raume befindlichen Vermögensobjekte*, also Grundstücke und bewegliche Sachen.[3] Nur körperliche Objekte sind im eigentlichen Sinne des Besitzes, der Tradition, der Ersitzung, des Eigenthumes fähig.[4] S. g. Quasibesitz und Eigenthum im weiteren Sinn findet sich freilich auch an Rechten.

b) *Unkörperlich* sind die *Rechte*, z. B. Servituten, Obligationen, Erbansprüche.

Indem man die körperlichen Dinge als Vermögensbestandtheile bezeichnet, meint man im Grunde das Eigenthumsrecht an denselben. Man identificirt dabei das Eigenthumsrecht mit der Sache, da es dieselbe total umspannt. Es wird also wie etwas *Körperliches* aufgefaßt, obgleich es in Wahrheit wie jedes andere Recht nur in der Idee besteht.

2. Auch die Eintheilung in res mancipii und nec mancipii bezog sich auf die Vermögensbestandtheile, nicht auf die körperlichen Sachen. Res mancipii waren italische Grundstücke, Sklaven, vierfüßige Zug- und Lastthiere, aber auch die Grundgerechtigkeiten landwirthschaftlicher Grundstücke;[5] res nec mancipii bildeten die Vermögensbestandtheile anderer Art, die körperlichen wie die unkörperlichen.[6] Für das altrömische Recht war diese Unterscheidung von größter Wichtigkeit; dem justinianischen Rechte gehört sie nicht mehr an.

---

tum et denique aliae res innumerabiles. Incorporales autem sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae in jure consistunt: sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur: nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia, nam ispsum jus hereditatis et ipsum jus utendi fruendi et ipsum jus obligationis incorporale est. Vgl. l. 1 § 7 D. ad legem Falcidiam 35, 2. Die scharfe Unterscheidung der Vermögensbestandtheile in körperliche und unkörperliche gehört erst den letzten Zeiten der Republik an. Vgl. Gaj. Inst. II § 54, Schrader: was gewinnt die römische Rechtsgeschichte durch Cajus? S. 45. Siehe auch Zeitschrift für vergl. R.W. Bd. 2 S. 20. B.G.B. § 90 erklärt: „Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände". Vgl. über die Sachen Dernburg, bürg. Recht Bd. 3 S. 1 ff.

3) Geleitetes Gas ist körperliche Sache, daher ist Diebstahl an ihm möglich. Nicht anders ist es bezüglich des zu industriellen Zwecken domesticirten elektrischen Stroms. Vgl. Dernburg in der Deutsch. Juristenzeitg. 1896 S. 473, 1897 S. 76 ff. Dieselbe Ansicht vertrat die für das Gebiet des preußischen Rechts erlassene, in ihren Gründen aber über das preußische Recht hinausgehende Entsch. des R.G. Bd. 17 S. 271. Anders aber R.G in Strafs. Bd. 29 S. 111, Regelsberger Bd. 1 § 96 u. a.

4) l. 3 pr. D. de a. vel a. poss. 41, 2, Paulus libro 54 ad edictum: Possideri autem possunt quae sunt corporalia. l. 43 § 1 D. de a. r. d. 41. 1 Gajus libro 7 ad edictum provinciale: Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est. Gaj. Inst. II §§ 19, 28. l. 9 D. de usurp. 41, 3.

5) Gaj. Inst. II §§ 15 ff.

6) Gaj. Inst. II § 19.

§ 68. Einheitliche und zusammengesetzte Sachen, Sachgesammtheiten und Sondervermögen.

1. Körperliche Sachen nennen wir **einheitliche**, wenn **alle ihre einzelnen Bestandtheile nothwendig dieselbe Rechtslage haben.**[1]

Darauf kommt es für den Begriff der Einheitlichkeit nicht an, ob die Sache aus gleichartigen Stoffen zusammengesetzt ist oder aus ungleichartigen. Es ist z. B. ein Pferd oder eine Topfpflanze im Rechtssinn eine einheitliche Sache, obgleich die physikalische Beschaffenheit ihrer einzelnen Bestandtheile eine sehr verschiedene ist. —

Wie eine einheitliche Sache zu behandeln ist auch eine Vereinigung solcher Sachen, die **als einzelne ohne Werth sind**, z. B. Getreidekörner, Sand, ein Bienenschwarm.[2] Für den Verkehr kann hier nur die Masse in Betracht kommen. Deshalb gilt sie rechtlich als eine einheitliche Sache, trotzdem daß körperlich eine Vielheit besteht.

2. Verschiedene früher selbständige Sachen werden in mehreren Fällen der Art körperlich zu einem Ganzen verbunden, daß die einzelnen nicht nothwendig **ihre frühere Rechtslage** vollständig aufgeben. Solche Sachen nennt man **zusammengesetzte**, corpus ex contingentibus. Es gehören hierher unter anderem Gebäude, ferner Schiffe oder ein Goldschmuck mit Edelsteinen oder Perlen. Sind nämlich in ein Gebäude fremde Materialien verbaut, oder in ein Schiff fremde Planken oder Maste verzimmert, oder in die Goldeinfassung fremde Kleinodien gefaßt, so verbleiben diese eingefügten Sachen ihrem ursprünglichen Eigenthümer für den Fall einer Trennung. Die Gesammtsache wird also als zusammengesetzte bezeichnet, nicht um der physikalischen Beschaffenheit, sondern der juristischen Behandlung ihrer Theile willen.

3. **Körperlich selbständige Sachen**, die für sich eigenen Werth haben, können **wirthschaftlich** zu einem **Ganzen** vereinigt sein, welches im Verkehr bis zu einem gewissen Grade als Einheit gilt.

---

1) Die Hauptstelle über die Eintheilung der Sachen ist von Pomponius libro 30 ad Sabinum l. 30 pr. D. de usurp. 41, 3: tria autem sunt genera corporum, unum quod continetur uno spiritu et graece ἡνωμένον vocatur, ut homo, tignum, lapis et similia: alterum quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat quod συνημένον vocatur, ut aedificium, navis, armarium, tertium quod ex distantibus constat ut corpora plura (non) soluta, sed uni nomini subjecta, veluti populus, legio, grex. Der Naturphilosophie der Stoiker ist, wie Goeppert über einheitliche, zusammengesetzte und Gesammtsachen 1871 gründlich gezeigt hat, diese Eintheilung der „corpora“ entnommen. Aber die Juristen haben sie nach den Bedürfnissen des praktischen Lebens und des Rechtes verwerthet. Vgl. Brinz Bd. 1 § 144.

2) Schey über Rechtsverwandlungen in Grünhuts Zeitschr. Bd. 8 S. 117.

Die Römer haben hierfür die Bezeichnung corpus ex distantibus, die Neueren sprechen von Sachgesammtheiten — universitates facti.[3]

Die Sachgesammtheiten bilden zum Theil Naturganze, wie eine Heerde, zum Theil werden sie durch besondere Veranstaltung der Besitzer geschaffen, wie eine Bibliothek, eine Gemäldesammlung, ein Waarenlager.[4]

Ist die Sachgesammtheit rechtlich als eine Einheit oder nur als eine Mehrheit körperlicher Sachen zu behandeln? Absolut in dem einen oder dem andern Sinn läßt sich die Frage nicht entscheiden. Von der einen Seite angesehen, liegt eine Vielheit, von der andern eine Einheit vor.

a) Daran ist festzuhalten, daß Besitz und Eigenthum an den einzelnen Stücken besteht, welche die Sachgesammtheit bilden. Nähme man Eigenthum an der Sachgesammtheit als solcher an, so fiele in dasselbe jedes Stück Vieh, welches der Heerde zuläuft, jedes fremde Buch, das in eine Bibliothek geräth, jede Masse fremder Waaren, welche einem Ladenvorrath zugefügt wird, da dies Bestandtheil der Sachgesammtheit wird. Dies wäre aber sicher nicht gerecht und stimmt auch nicht mit den Quellen.[5][6]

b) Die Sachgesammtheit ist gleichwohl rechtlich als Einheit zu behandeln, wo wirthschaftliche Gesichtspunkte entscheiden.

---

3) Ueber Sachgesammtheiten vgl. Till, in Grünhuts Zeitschr. Bd. 12 S. 736. Bekker, Pand. 1 S. 291. B.G.B. erwähnt „Sachinbegriffe" unter Anderem § 92 Abs. 2, § 1035. Vgl. Dernburg, bürg. Recht Bd. 3 S. 5.

4) Goeppert, über einheitliche, zusammengesetzte und Gesammtsachen, will den Ausdruck Sachgesammtheit auf Heerden und ähnliche Naturganze beschränken. Hiermit stimmt nicht die Aeußerung von Pomponius libro 30 ad Sabinum l. 30 pr. D. de usurp. 41, 3: tertium (genus) quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subjecta veluti populus, legio, grex. Das Beispiel der Legion wäre falsch gegriffen, wenn diese Gesammtheiten subjektiv oder objektiv nur Naturganze sein könnten.

5) Mit Klarheit und Bestimmtheit spricht dies aus l. 30 § 2 D. de usurp. 41, 3. Pomponius libro 30 ad Sabinum. De tertio autem genere corporum videndum est, non grex universus sic capitur usu quomodo singulae res, nec sic quomodo cohaerentes, quid ergo est? etsi ea natura ejus est ut adjectionibus corporum maneat, non item tamen universi gregis ulla est usucapio, sed singulorum animalium sicuti possessio, ita et usucapio, nec si quid emptum immixtum fuerit gregi augendi ejus gratia, idcirco possessionis causa mutabitur. ut si reliquus grex domini mei sit, haec quoque ovis, sed singulae suam causam habebunt. Aeltere Schriftsteller über die Kontroverse führt an Girtanner in Iherings Jahrbüchern Bd. 3 S. 207, die neuere Litteratur findet sich bei Windscheid Bd. 1 § 137 Anm. 5. Vgl. auch Otto Cramer, das Eigenthum an Heerden. Berl. Inaug. Dissert. 1890. Gegen Eigenthum an der Sachgesammtheit als solcher hat sich namentlich erklärt Wächter, Erörterungen Heft 1 S. 17, vgl. auch Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 § 59, Exner, Tradition S. 215 ff., Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 24 S. 291. Windscheid a. a. O. nimmt Eigenthum an Heerden und anderen Naturganzen an, bei den übrigen Sachgesammtheiten Eigenthum an den einzelnen Stücken. Innere Gründe hat diese Unterscheidung nicht, auch die Quellen zwingen nicht zur Annahme eines so absonderlichen Ergebnisses.

6) Ueber Vindikation einer Heerde vgl. unten § 226 Anm. 3.

Daher fallen z. B. dem Nutznießer einer „Heerde", da er diese deren Eigenthümer als solche zu erhalten hat, abgängige Viehstücke zu, während er sie aus den Thierjungen zu ergänzen hat. Dem Nießbraucher einzelner Viehstücke gehören dagegen die Thierjungen ohne Ergänzungspflicht, während er auf abgängige Stücke als Substanz der Nießbrauchsache kein Recht hat.[7]

4. Sondervermögen — universitas juris — ist eine Summe von Vermögensbestandtheilen, welche in Folge gemeinsamen Ursprunges oder gleichartiger wirthschaftlicher Bestimmung in bestimmten Beziehungen rechtlich als Einheit gilt.[8] Die Vermögensbestandtheile können sich verändern, vermehren, vermindern, ohne daß die Identität des Sondervermögens aufhört.[9] Im übrigen lassen sich gemeinsame Rechtssätze für die Sondervermögen nicht aufstellen, da sie aus verschiedenen Gründen und zu verschiedenen Zwecken als Einheiten behandelt werden.[10]

Beispiele von Sondervermögen sind: die Erbschaft, das Pekulium von Hauskindern und von Sklaven,[11] die dem Ehemann eingebrachte Dos,[12] aus dem heutigen Recht das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft.

7) l. 70 § 3 D. de usufr. 7, 1, l. 31 D. q. m. u. 7, 4. Petražycki, Einkommen Bd. 1 S. 95 ff.

8) Den Anstoß zur Unterscheidung der universitas juris und facti gab die Glosse non utetur zu l. 1 § 8 D. quando de peculio 15, 2, welche die universitas incorporea et juris, in qua actiones continentur — das peculium — der corporea universitas — einer Heerde — entgegenstellte. Von den Späteren suchten Einige das unterscheidende Merkmal darin, daß universitas juris die vom Rechte, universitas facti die durch menschliche Willkür geschaffene Einheit sei, vgl. neuerdings Bechmann, Dotalrecht Bd. 2 S. 183. Dies ist nicht zutreffend. Es handelt sich bei beiden um eine Zusammenfassung, die in den Lebensverhältnissen wurzelt und im Rechte Anerkennung findet. Vielmehr ist das Unterscheidende, daß die universitas facti gleichartige körperliche Objekte zusammenfaßt, die universitas juris oder, wie man hiernach auch wohl sagt, jurium, Vermögensbestandtheile verschiedener Art, vgl. Kierulff S. 321. — Hasse im Archiv f. c. Pr. Bd. 5 n. 1, Mühlenbruch, ebendaselbst Bd. 17 n. 12 wollen den Begriff der universitas juris aufgeben, worin ihnen jedoch die meisten heutigen Schriftsteller mit Recht nicht folgen. Vgl. Birkmeyer, das Vermögen S. 101 ff. B.G.B. behandelt Vermögensganze in den §§ 1363, 1638, 1922, als einheitlichen Gegenstand, desgleichen Sondervermögen in §§ 718, 1440.

9) l. 40 D. de peculio 15, 1. Marcianus libro 5 regularum: Peculium nascitur crescit decrescit moritur et ideo eleganter Papirius Fronto dicebat peculium simile esse homini.

10) Die ältere Dogmatik wollte bei allen universitates juris dem Satze Anwendung geben, res succedit in locum pretii, pretium in locum rei, desgleichen dem an denselben Berechtigten stets eine Universalklage gegen den Besitzer auf Herausgabe des Ganzen gewähren. Beides war nicht richtig. Das Verdienst der oben in Anm. 8 citirten Abhandlungen von Hasse und Mühlenbruch besteht in der Hervorhebung der Wahrheit, daß die universitates nur relativ, d. h. in einzelnen Beziehungen und in verschiedener Weise eine rechtliche Einheit bilden.

11) l. 5 § 3 D. de peculio 15, 1. Ulpianus libro 29 ad edictum: Peculium dictum est quasi pusilla pecunia sive patrimonium pusillum, Mandry, Begriff des peculium S. 4 ff.

II. Die res extra commercium.[1]

§ 69. 1. Verkehrsunfähigkeit aus allgemeinen Gründen.

Die körperlichen Sachen sind in der Regel des Privateigenthumes und des Verkehrs fähig — in commercio. Es giebt aber Kategorien von körperlichen Objekten, welche den Privaten entzogen,[2] verkehrsunfähig sind — extra commercium.

Die Verkehrsunfähigkeit beruht theils auf allgemeinen Gründen, theils auf positiven Rechtsvorschriften. Aus allgemeinen Gründen ist:

a) der Körper des lebenden Menschen als Theil des Rechtssubjektes des Eigenthumes unfähig.[3] Immerhin wurden die Klagen wegen Sachbeschädigung wegen körperlicher Verletzung freier Menschen analog angewendet,[4] da physisch der menschliche Leib der Körperwelt zugehört. Was ferner aufhört, Theil des lebenden menschlichen Organismus zu sein, wird unmittelbar des Eigenthumes fähige Sache. Das Jemandem abgeschnittene Haar wird sein Eigenthum. Folgerecht ist auch der Leichnam Sache.[5] Man darf ihn daher sogar im voraus zu wissenschaftlichen Zwecken auf den Todesfall veräußern. Erben aber dürfen den Leichnam ihres Erblassers nicht verhandeln, weil dies gegen die guten Sitten wäre.[6]

12) l. 1 § 4 D. de dote praelegata 33, 4. Bechmann, Dotalrecht Bd. 2 S. 186.

1) Gaj. Inst. II § 1 — pr. J. de rer. div. 2. 1 theilt die Objekte in solche, die „in nostro patrimonio" d. h. des privaten Eigenthums fähig, und in solche, die „extra nostrum patrimonium", d. h. des privaten Eigenthums unfähig sind. Letztere werden häufig als extra commercium bezeichnet, vgl. l. 6 pr. D. de contr. emptione 18, 1 „quorum commercium non sit". Dieser Ausdruck hebt wörtlich nur die Veräußerungsunfähigkeit hervor, ohne deren Grund zu bezeichnen, nämlich die Unfähigkeit der Sache, in den Privatbesitz zu treten. Daher findet sich der Ausdruck auch für Sachen, die im Privateigenthum stehen, aber einem gesetzlichen Veräußerungsverbote unterliegen, l. 1 § 2 D. quae res pignori 20, 3. — B.G.B. behandelt grundsätzlich die Verkehrsunfähigkeit der Sachen nicht.

2) Die Entziehung kann — jedenfalls nach heutigem Rechte — eine bloß partielle sein, vgl. unten § 70 Anm. 9, § 72 Anm. 3, 4.

3) Dies erstreckt sich in gewissem Maße auch auf künstliche Ergänzungen des Körpers und künstliche Gliedmaßen. Das künstliche Bein des Invaliden ist also nicht pfändbar. Vgl. auch C.P.O. § 811 Ziff. 12. Aber er kann es von sich absondern und verkaufen.

4) Vgl. l. 5 § 3, l. 6, l. 7 pr. ff. D. ad l. Aquiliam 9, 2, l. 3 D. si quadrupes 9, 1.

5) Anders Goldschmidt, Handelsrecht 2. Auflage Bd. 2 S. 3 Anm. 3d und dort Citirte, Stobbe 3. Aufl. Bd. 1 S. 604. Vgl. K. E. Cramer, die Behandlung des menschlichen Leichnams 1885, Züricher Inauguraldissert.; A. Kramer, Recht auf den menschlichen Körper 1887, Berliner Inauguraldissert. Regelsberger Bd. 1 § 110.

6) Verbotene Sachen, z. B. verbotene Bücher sollen nicht verkauft oder sonst veräußert, sie sollen vernichtet werden. l. 4 § 1 D. fam. erc. 10, 2. Aber unrichtig ist die Annahme von Windscheid Bd. 1 § 147 Anm. 2, daß an ihnen Privateigenthum, also auch Diebstahl nicht stattfinde. Vgl. Regelsberger Bd. 1 § 111.

b) Gewisse Bestandtheile der Sachenwelt entziehen sich ihrer natürlichen Beschaffenheit nach jeder dauernden ausschließlichen Beherrschung und um deswillen auch dem Eigenthumsrechte; sie sind *Gemeingut Aller* — communia omnium.[7] Dahin gehört die atmosphärische *Luft*, das frei *fließende Wasser*, das *Meer*.[8] Auch das *Meeresufer* zählten die Römer zum Gemeingut; Celsus jedoch betrachtete es als öffentliche Sache des Staates,[9] und dies ist gemeines Recht. Das Meeresufer reicht so weit als die höchste Meeresfluth.[10]

Das Recht auf den Gemeingebrauch ist ein allgemeines der Persönlichkeit. Gegen Beeinträchtigung desselben dient die actio injuriarum.[11]

Es ist zulässig, aus dem Gemeingut Quantitäten auszuscheiden und sich anzueignen z. B. Quantitäten von Wasser oder Eis[12] zu gewinnen, vom Meeresgestade Sand und Steine wegzuführen. Polizeiliche Genehmigung ist erfordert, wenn das öffentliche Interesse betheiligt erscheint. Unter solcher Genehmigung darf man auch *Bauten* am Meeresufer sowie im Meere errichten.[13] Sie stehen im Privateigenthume, so lange sie im Stande bleiben. Mit ihrem Verfalle tritt der Naturzustand wieder ein.[14] Der Erwerb ausschließlicher Privatrechte an Theilen des offenen Meeres, z. B. auf Fischfang, ist regelmäßig unzulässig, nur durch staatliches Privilegium möglich.[15]

---

7) Burckhard z. L. v. öffentlichen Gut in Grünhuts Ztschr. Bd. 15 S. 611.

8) l. 2 § 1 D. de div. rer. 1, 8. Vgl. Plautus Rudens IV 3, 36: mare quidem commune certo 'st omnibus.

9) l. 2 § 1 D. de div. rer. 1, 8. § 1 J. de rer. div. 2, 1, l. 13 § 7 D. de injuriis 47, 10, l. 14 D. de a. r. d. 41, 1, — l. 3 pr. D. ne quid in loco publico 43, 3. Pampaloni sulla condizione giuridica delle rive del mare in diritto Romano e odierno im bulletino dell' istituto di diritto romano Bd. 4 S. 287 und hierüber Schneider, Kritisch. V.J.Schr. Bd. 36 S. 41, Ubbelohde bei Glück, Buch 43, 44 Th. 4 S. 225. Ueber das deutsche Recht vgl. Brünneck, das Recht auf Zueignung der Meeresprodukte 1874 S. 12 ff.

10) l. 96 D. de V. S. 50, 16, Celsus libro 35 Digestorum. Litus est quousque maximus fluctus a mari pervenit; vgl. Cicero Topica 7, 32.

11) Vgl. unten Bd. 2 § 137.

12) *Eis* ist als erstarrtes „fließendes" Wasser *Gemeingut*. Man begeht nicht einen Diebstahl durch Aneignung von Eis aus öffentlichen oder Privatflüssen. Aber der Eigenthümer des Flusses kann die Entnahme verbieten und sich in seinem Besitz am Flusse durch Eigenmacht, wie Besitzesklagen schützen.

13) l. 5 § 1, l. 6 pr. D. de div. rer. 1, 8, l. 50 D. de a. r. d. 41, 1.

14) l. 6 pr. D. de div. rer. 1, 8, l. 14 pr. § 1 D. de a. r. d. 41, 1. In l. 49 D. de rei vind. 6, 1 sagt Celsus libro 18 Digestorum: Solum partem esse aedium existimo, nec alioquin subjacere uti mare navibus. Dieser Ausspruch wäre als allgemeiner falsch, denn es gilt umgekehrt der Satz: superficies solo cedit. Er ist richtig, wenn man ihm den besonderen Bezug auf Bauten am Meeresufer giebt.

15) l. 13 § 7. l. 14 D. de injuriis 47, 10. Vgl. unten § 176.

§ 70. 2. Res divini juris.[1]

1. Die Römer betrachteten bestimmte Sachen als göttlichem Recht unterworfen — res divini juris — und dem menschlichen Eigenthume entzogen, insofern als res nullius.

a) Die der Gottheit von ihrem Eigenthümer dedicirten Objekte bildeten die res sacrae.[2] Genehmigung des Volkes, später des Kaisers, und Mitwirkung der Pontifices war außerdem erfordert.[3]

b) Die Begräbnißstätten galten als den Seelen der Verstorbenen überlassen und um deswillen als res religiosae. In diesen Zustand geriethen sie durch Beisetzung eines Todten seitens dessen, welcher ihn zu bestatten befugt war, ohne weiteres, falls derselbe Eigenthümer des Bestattungsorts war oder mit Zustimmung des Eigenthümers des Ortes handelte, und dingliche Berechtigungen Dritter nicht verletzt wurden.[4]

c) Gewisse Sachen des Staates und der Gemeinden, insbesondere Stadtmauern und Thore, wurden als res sanctae unter den besonderen Schutz der Götter gestellt und in Folge dessen den res divini juris zugesellt.[5]

2. Das gemeine Recht kennt keine res sanctae im römischen Sinne mehr. Auch ist die Lehre der res sacrae und religiosae durchaus umgewandelt.[6] Es gelten bezüglich der mit Korporationsrechten versehenen Religionsgesellschaften folgende Sätze, welche durch das B.G.B. nicht berührt sind:

a) Dem Gottesdienst gewidmete oder geweihte Gebäude und sonstige Sachen, nicht minder Friedhöfe und andere Begräbnißstätten,[7] stehen

1) § 7 J. de rer. div. 2, 1. l. 1 pr. D. de r. d. 1, 8. Gaj. Inst. II §§ 4 ff.

2) Trebatius lib. 1 religionum bei Macrobius sat. III, 2 definirt: sacrum est, quod deorum habetur. Anderwärts werden derartige Objekte als dem Volke gehörig bezeichnet, vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 255.

3) l. 9 pr. D. de div. rer. 1, 8. Ulpianus libro 68 ad edictum. Sacra loca ea sunt, quae publice sunt dedicata. — Es gab zwei Rechtsgeschäfte gegenüber der Gottheit, nämlich das votum, wodurch man sich der Gottheit persönlich verpflichtete, und die Dedikation, wodurch man derselben Eigenthum zutheilte. Beide Geschäfte waren einseitige, eine Annahme durch Stellvertreter der Gottheit war nicht erfordert. Die Nothwendigkeit der Einholung eines Volksschlusses zur Dedikation beruht auf Volksgesetzen. Vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 256.

4) Vgl. l. 2 §§ 7 ff., l. 3, l. 4 D. de religiosis 11, 7, l. 34 D. eod., Mommsen, zum römischen Grabrecht, Zeitschr. der Sav. Stiftg. Rom. Abth. Bd. 16 S. 203.

5) Die epitome Gaj. II, 1 § 1 zählt hierher auch fora, theatra, circus, arena. Wer die unter den Schutz der Gottheit gestellten Objekte verletzte, verfiel dem Tode. l. 11 D. de div. rer. 1, 8.

6) Hübler, der Eigenthümer des Kirchenguts 1868. Meurer, Begriff und Eigenthümer der heiligen Sachen 1885. Th. A. Müller, Privateigenthum an katholischen Kirchengebäuden, Heidelb. Inauguraldissert. 1883. Bekker Bd. 1 S. 332.

7) Es wurde früh christliche Sitte, die Todten bei der Kirche im Kirchhof, welcher

im Eigenthum der Kirchen oder politischer Gemeinden oder selbst von Privatpersonen.

b) Ihrer Bestimmung widersprechender profaner Gebrauch ist ausgeschlossen.[8] Sie stehen außer Verkehr, soweit es ihre besondere Bestimmung bedingt.[9]

c) Wie weit die Religionsgenossen an den geweihten Sachen Gemeingebrauch haben, z. B. Zutritt zur Kirche und deren Räumen, ist durch die Satzungen und Gebräuche der bezüglichen Religionsgenossenschaft bedingt.

d) Es können einzelne Religionsgenossen — zum Theil auch Andersgläubige — auf privatrechtlichen Erwerbstiteln beruhende besondere Rechte an geweihten Stätten, insbesondere an Kirchenstühlen, Erbbegräbnissen[10] haben. Solche allgemeine oder besondere Gebrauchsrechte dürfen im Wege der Klage geltend gemacht werden.

§ 71. 3. Die öffentlichen Sachen.[1]

Die Sachen des Staates und der Gemeinden[2] zerfallen in zwei Klassen.

a) Ihr zur Bestreitung ihrer Geldbedürfnisse bestimmtes Vermögen — s. g. Finanzvermögen — bildet die eine Klasse.[3] Dasselbe

---

als Pertinenz der Kirche geweiht war, zu begraben. Daher galt der Kirchhof als solcher, nicht die Leichenstätte als verkehrsunfähig. Meurer a. a. O. Bd. 1 S. 209.

8) Auf einem Gute befindliche Erbbegräbnisse werden mit ihm verkauft. Der Käufer darf aber beigesetzte Leichen ohne polizeiliche Erlaubniß nicht entfernen, vgl. Fenner und Mecke, Archiv f. Erk. d. R.G. Bd. 4 S. 472, l. 18 pr. D. de religiosis 11, 7.

9) Nur soweit ist daher die Ersitzung einer Servitut ausgeschlossen. Vgl. aber R.G. Bd. 27 S. 256.

10) Die Römer unterscheiden Familien- und Erbbegräbnisse, l. 5 D. de religiosis 11, 7. Gajus libro 16 ad edictum provinciale. Familiaria sepulchra dicuntur, quae quis sibi familiaeque suae constituit, hereditaria autem, quae quis sibi heredibusque suis constituit, l. 6 eod. Zur Familie zählte man außer den Agnaten auch die Erben, l. 4, l. 13 C. de religiosis, 3, 44; affines und cognati hatten nur Theil, sofern sie Erben waren. l. 8 C. eod. Mommsen a. a. O. S. 210. Heutzutage entscheidet das Statut der Gemeinde, welche das Erbbegräbniß in ihrer Kirche oder auf ihrem Kirchhof koncedirt, oder die besondere Vereinbarung über den Inhalt des Rechtes.

1) Keller, Rechtsgutachten, die Festungswerke der Stadt Basel betreffend, gedruckt 1861; Rüttimann, Gutachten 1859; Erwiderung von Keller und von Rüttimann; Ihering, der Streit zwischen Baselland und Baselstadt über die Festungswerke der Stadt Basel 1862; H. Dernburg, Rechtsgutachten über den Streit bezüglich der Festungswerke der Stadt Basel 1862, und hiergegen Erwiderung von Ihering 1862; H. Wappaeus, zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen 1867; Pernice, Labeo Bd. 1 S. 263; Eisele über das Rechtsverhältniß des res publicae 1873, Hegelmaier, Grundeigenthum im öffentlichen Recht. Tübing. Inaugural-Diss. 1891, Randa, Eigenthumsrecht § 3, Ubbelohde bei Glück, Buch 43, 44 Th. 4 S. 28.

2) Vgl. l. 6 § 1 D. de rer. div. 1, 8, § 6 J. de rer. div. 2, 1.

3) Dahin gehören Baarmittel, Landgüter, Miethshäuser. Inwieweit gewerbliche Anlagen, z. B. städtische Gasanstalten, hierher gehören, ist danach zu beurtheilen, ob

unterliegt den allgemeinen Grundsätzen des Privatrechtes; es ist dem Verkehr nicht entzogen. Zwangsvollstreckung seitens der Gläubiger in dasselbe ist nicht ausgeschlossen.

b) Die andere Klasse bilden die öffentlichen Sachen — res publicae, — welche unmittelbar öffentlichen Zwecken dienen. Sie unterstehen einem besonderen Recht, durch welches sie außerhalb des Privatverkehrs gestellt sind.

Einige öffentliche Sachen dienen dem öffentlichen Nutzen dadurch, daß sie dem Gemeingebrauch des Publikums offen stehen; so öffentliche Wege, Plätze, Flüsse, Häfen.[4] Andere sind zwar dem öffentlichen Dienst, aber nicht dem Gemeingebrauch der Bürger gewidmet, z. B. Festungen, Gefängnisse, Dienstgebäude anderer Art.[5]

Der Rechtscharakter der öffentlichen Sachen ist bestritten.

Manche betrachten sie als Niemandem gehörig, auch nicht dem Staate selbst. Nach dieser Ansicht stehen sie nur unter einem publicistischen Hoheitsrechte des Staates, vermöge dessen er sie für die öffentlichen Zwecke in Anspruch nimmt.[6] Bedarf er sie hierzu nicht mehr, z. B. Terrains früherer Festungen, so gehören sie als herrenlos dem ersten Okkupanten. Das Richtige ist, daß auch die öffentlichen Sachen des Staates und der Gemeinden in deren Eigenthum stehen.[7] Deshalb

---

das gemeine Wohl den Betrieb durch die Stadt fordert, oder ob nur finanzielle Gründe hierfür sprechen, vgl. Regelsberger Bd. 1 § 112.

4) l. 6 pr. D. de contr. emptione 18, 1. Pomponius libro 9 ad Sabinum. Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse . . . ut publica, quae non in pecunia populi sed in publico usu habeantur, ut est campus Martius.

5) Diese Verschiedenheit wird häufig ignorirt. Publicus usus bezeichnet oft den Gemeingebrauch der Bürger, hat aber auch den weiteren Sinn des öffentlichen Dienstes. Ihering, Geist Bd. 3 Abth. 1 S. 362 ff., hält für die wahren Berechtigten hinsichtlich der öffentlichen Sachen die Destinatäre des Gemeingebrauches. Dabei ist die verschiedene Benutzung der öffentlichen Sachen zum öffentlichen Dienste nicht beachtet. Bei Gefängnissen sind die Gefangenen die Destinatäre. Aber Niemand wird sie als die an den Gefängnissen Berechtigten ansehen.

6) Dies ist die Ansicht von Keller, insbesondere Erwiderung S. 7. Aus den Quellen läßt sie sich nicht erweisen. Die Ansicht von Keller hat in veränderter Gestalt Eisele angenommen, indem er bloß „publicistisches" Eigenthum des Staates an den öffentlichen Sachen annimmt.

7) l. 6 § 1 D. de div. rer. 1, 8 Marcianus libro 3 institutionum. Universitatis sunt, non singulorum veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatium ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intellegitur, vgl. § 6 J. de rer. div. 2, 1. Marcian erklärt hier ausdrücklich öffentliche Sachen, insbesondere Theater, für Stadteigenthum. Es ist unzulässig, wie Ihering, Erwiderung S. 9 thut, theatra und stadia aus der Reihe der römischen öffentlichen Sachen zu setzen, vgl. § 2 J. de inut. stip. 3, 19. Eisele a. a. O. S. 7 findet bei Marcian nur eine rechtliche Beziehung der öffentlichen Sachen zur Stadtgemeinde hervorgehoben, leugnet aber, daß dieselbe wahres Eigenthum sei. Doch dies wird durch

gehören ihnen die pekuniären Nutzungen, welche solche Sachen neben ihrer öffentlichen Bestimmung abwerfen, z. B. Grasertrag, Baumnutzen, Miethzinsen entbehrlicher Räume. Indeß unterliegt das Eigenthum an öffentlichen Sachen einem Sonderrechte, vermöge dessen Akte privatrechtlicher Natur nicht im Stande sind, sie ihrem Zweck zu entfremden. Dritte können daher juristischen Besitz und Besitzesschutz an ihnen nicht erlangen,[8] Eigenthum und Servituten, welche mit ihrem öffentlichen Zweck kollidiren, nicht einmal durch Ersitzung erwerben; Gläubiger können sie nicht zum Gegenstand der Zwangsvollstreckung machen.

Durch rechtsgültige publicistische Akte dagegen kann die öffentliche Sache ihres besonderen Charakters entkleidet werden. Damit tritt sie unmittelbar in das gewöhnliche Eigenthum des Staates oder der Gemeinde und wird verkehrsfähig. Es ist hierzu also nicht nothwendig, daß ihr bereits die ihrer bisherigen Bestimmung angepaßte Gestalt genommen ist, daß z. B. die Schleifung der Festung, welche durch die zuständige Behörde deklassirt wurde, schon ausgeführt ist.[9]

§ 72. Oeffentliche Wege.

1. Die öffentlichen, d. h. dem allgemeinen Verkehre gewidmeten Wege werden unterschieden in Hauptstraßen — viae consulares oder militares — und Gemeindewege — viae vicinales.[1]

Die Hauptstraßen dienen dem großen Verkehre, indem sie die Städte untereinander oder die Städte mit dem Meere oder mit den öffentlichen

---

ejus esse bezeichnet. Vgl. außerdem l. 2 § 21 D. ne quid in loco publico 43, 8, l. 1 pr. D. de interdictis 43, 1. — Aus dem Eigenthume des Staates wird im § 39 J. de rer. div. 2, 1 das Recht des Staates auf die in den öffentlichen Sachen gefundenen Schätze hergeleitet. Aus ihm erklärt sich, daß der Staat ein Bodengeld — solarium — bezieht, wenn auf öffentlichen Plätzen ohne Erlaubniß gebaut war und das öffentliche Interesse die Zerstörung des Baues nicht fordert. — Zum „Fiskalvermögen", welches nur die pecunia des Staates umfaßte, wurden freilich die öffentlichen Sachen nicht gezählt, l. 72 § 1 D. de contr. empt. 18, 1, l. 2 § 5 D. ne quid in loco publico 43, 8. Dies beweist nichts gegen das Eigenthum des Staates. Gajus libro 2 institutionum l. 1 pr. D. de div. rer. 1, 8 sagt allerdings: quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur, ipsius enim universitatis esse creduntur: privatae autem sunt quae singulorum sunt. Schon die Glosse erklärt zutreffend „nullius" scilicet hominis privati, ut sequitur, non communitatis. Eisele a. a. O. S. 11. Die richtige Ansicht hat sich in der neueren Litteratur überwiegend Bahn gebrochen, für sie auch Regelsberger Bd. 1 § 113, sieh jedoch unten § 73 Anm. 4. Für die Auffassung Iherings tritt energisch ein Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum B.G.B. Bd. 2 S. 393 ff.

8) arg. l. 30 § 1 D. de a. vel a. p. 41, 2.

9) l. 9 D. de usurp. et usuc. 41, 3. Seuffert, Archiv Bd. 37 S. 285. Bekker Bd. 1 S. 345.

1) l. 3 § 1 D. de locis et itineribus publicis 43, 7. l. 2 § 22 D. ne quid in loco publico 43, 8.

Flüssen verbinden. Sie gehören dem Staate.[2] Gemeindewege unterhalten den Verkehr in den Gemeinden und unter einzelnen Gemeinden. Sie können den Gemeinden gehören, ihr Grund und Boden kann aber auch im Privateigenthume stehen, so daß nur die Last des Gemeingebrauchs auf ihnen ruht.[3 4]

2. In Rom hatten die Bürger Klagrechte — interdicta — zum Schutze des Gemeingebrauches,[5] um störende, ohne staatliche Konzession auf öffentlichen Wegen oder Plätzen in Angriff genommene Anlagen zu hindern oder deren Beseitigung zu bewirken, überhaupt um die freie Kommunikation zu sichern.[6] Sie konnten durch diese Klagen die allgemeinen, wie die eigenen Interessen vertreten. — Heutzutage ist die Fürsorge für die öffentlichen Interessen an den Kommunikationsmitteln ausschließlich Sache der Verwaltungsbehörden. Insoweit sind daher jene Interdikte veraltet; dagegen blieben sie den Privaten, namentlich den Wegnachbarn zur Wahrung ihrer besonderen Interessen dienstbar.[7]

3. Bestritten ist, ob die Straßenanlieger Entschädigungsansprüche gegen Staat oder Gemeinde haben, wenn ihnen durch Verlegung der

---

2) l. 2 § 21 D. ne quid in loco publico 43, 8. Ulpianus libro 68 ad edictum: Viam publicam eam dicimus, cujus etiam solum publicum est . . . viae autem publicae solum publicum est, relictum ad directum certis finibus latitudinis ab eo, qui jus publicandi habuit, ut ea publice iretur commearetur. Die Publikation der öffentlichen Wege, d. h. die Widmung zum Gemeingebrauch geschah in Rom durch Edikt des Beamten, welcher den Wegbau leitete, insbesondere durch den curator viis sternundis, Pernice, Labeo Bd. 1 S. 269.

3) Vicinalwege, deren Boden Privaten gehörte, waren nicht öffentliche; denn hierzu gehörte Staats- oder Gemeindeeigenthum; aber sie wurden den öffentlichen Wegen gleichgestellt, wenn sie der Last der allgemeinen Kommunikation unterstanden. l. 2 §§ 22, 23 D. ne quid in loco publico 43, 8, l. 3 pr. D. de locis 43, 7.

4) Im heutigen Recht sind die wichtigsten öffentlichen Straßen die Lokomotiveisenbahnen. Sie sind bekanntlich nicht immer Staatseigenthum, vielmehr nicht selten im Eigenthume von Aktiengesellschaften. Auch besteht der Gemeingebrauch nur darin, daß Jeder berechtigt ist, die reglementsmäßig abgelassenen Züge zu benützen. Die Eisenbahnverwaltungen sind nicht befugt, Einzelne zu bevorzugen, Andere zurückzusetzen; sie haben vielmehr Personen und Güter in der Reihenfolge ihrer Meldung zu expediren.

5) Davidsohn, Rechtsschutz des Gemeingebrauchs 1889.

6) l. 2 pr. § 35, § 45 D. ne quid in loco publico 43, 8. Ob und inwieweit diese Interdikte „popularia" waren — unten § 130 — darüber siehe Ubbelohde bei Glück Bücher 43 und 44 Th. 1 S. 52.

7) So R.G. Bd. 1 S. 157, Bd. 6 S. 162. Ubbelohde a. a. O. Th. 2 S. 529, Th. 4 S. 187, Bl. für Rechtspflege in Thüringen n. F. Bd. 18 S. 264. Nicht ein dingliches Recht machen die Individuen hierbei geltend, wie Manche, z. B. Bekker, Bd. 1 S. 342, Regelsberger Bd. 1 § 113 Anm. 13, annehmen, sie reagiren gegen die Antastung ihrer Persönlichkeit, die in der Verkümmerung ihres Antheils am Gemeingebrauch liegt. Anderer Art sind die durch Privilegien erworbenen Rechte Einzelner an Plätzen und Flüssen. Diese haben dingliche Natur und dinglichen Schutz und zwar nach Analogie einer Superficies oder Grundgerechtigkeit je nach ihrer Art.

Straße oder durch deren Erhöhung oder Erniedrigung die bisherige Kommunikation unmöglich gemacht wird. Dies ist nach heutigem Recht abweichend vom römischen zu Gunsten von Gebäuden an städtischen Straßen zu bejahen. Denn es ist ein Grundsatz des jetzigen Rechts, daß derartige Maßnahmen im öffentlichen Interesse, welche eine Schädigung des Vermögens von Privaten bewirken, auf Kosten der Gemeinheit und nicht der Einzelnen geschehen.[8]

§ 73. Flüsse, Seen.[1]

Flüsse sind in festen Gerinnen frei dahin fließende Gewässer. Auch die Bäche gehören im weiteren Sinne zu den Flüssen. Die fließende Welle als solche ist Gemeingut; der Fluß selbst aber, d. h. der durch ihn erfüllte Raum, des Eigenthumes fähig.

Die Flüsse sind theils öffentliche, theils private.

1. Als öffentliche Flüsse galten den Römern alle beständig fließenden, als private die zeitweise austrocknenden.[2]

---

8) Einverstanden Regelsberger Bd. 1 § 113 Anm. 15. Anders R.G. Bd. 3 n. 49, Bd. 6 S. 162, Bd. 7 S. 172, O.L.G. Celle in Seuff. Arch. Bd. 51 n. 28. Für die hier vertheidigte Ansicht haben sich bezüglich der Straßen in der Stadt erklärt das O.A.G. zu Rostock, Entscheidungen Bd. 5 S. 287, auch bei Seuffert Archiv Bd. 22 n. 144, Schäfer, Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 2 S. 302, desgleichen in preußischrechtlicher Sache, aber aus allgemeinen Gründen R.G. Bd. 7 S. 213, vgl. R.G. Bd. 25 S. 243, ebenso in französischrechtlicher Sache R.G. Bd. 10 S. 271. Mit Recht bemerkt Bekker Bd. 1 S. 347, „es wäre dringend zu wünschen, daß das R.G. die fehlgehende Entscheidung in III 49 zu korrigiren sich entschlösse."

1) Die Litteratur ist eine sehr umfängliche. Ueber die neuere Litteratur vgl. Stobbe Bd. 1 § 64 Anm. 27. Wir heben hier hervor Börner im Archiv für civ. Pr. Bd. 38 n. 7 und n. 15, Hesse, Grundzüge des Wasserrechts nach gemeinem Recht in Iherings Jahrbüchern Bd. 7 n. 5, Kappeler, der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs nach römischem Rechte 1867, Baron, Begriff und Bedeutung des öffentlichen und privaten Wasserlaufs nach alten und neuen Gesetzen in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 261 ff., Ubbelohde a. a. O. Th. 4 S. 323. Vgl. auch Randa, d. österr. Wasserrecht. 3. Aufl. 1891. Nach Einf.Ges. z. B.G.B. Art. 65 bleibt das „Wasserrecht" durch dieses unberührt.

2) l. 1 § 3 D. de fluminibus 43, 12. Ulpianus libro 68 ad edictum. Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non, publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit: haec sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis. Manche behaupten, daß auch „Bäche" nicht zu den öffentlichen Flüssen im römischen Sinne gehörten, vielmehr im Privatbesitz standen. So Windscheid Bd. 1 § 146 Anm. 7, Baron a. a. O. Bd. 2 S. 263 ff., Stobbe § 64 Anm. 45. In der That sagt Ulpian in der l. 1 § 1 cit: flumen a rivo magnitudine discernendum est aut existimatione circumcolentium. Allein in der Regel begreift flumen auch den Bach in sich; besondere Rechtssätze für die Bäche stellten die Römer nicht auf. Es ist daher anzunehmen, daß sie unter den öffentlichen Flüssen auch beständig fließende Bäche verstanden, wenn auch, wie Ulpian bemerkt, der gewöhnliche Sprachgebrauch den Bach vom Fluß unterschied. Vgl. l. un. § 4 D. ne quid in flumine 43, 13. So auch das O.A.G. zu Rostock, Entsch. Bd. 7 S. 223, bei Seuffert Archiv Bd. 27 n. 204. Randa, Eigenthumsrecht 2. Aufl. S. 62, Ubbelohde

Nach gemeinem Rechte sind öffentlich die natürlichen Wasserstraßen, d. h. schiffbare und flößbare Flüsse, so weit sie seit Alters mit Schiffen oder mit verbundenen Flößen befahren werden.[3] Vom Staate für den allgemeinen Verkehr hergestellte Wasserstraßen stehen den natürlichen gleich.

Die öffentlichen Flüsse stehen im Eigenthume des Staates.[4] Dem Staate gehören daher ihre Nutzungen, z. B. das im Flusse wachsende Schilf,[5] ferner der Zins für Gebrauchsvorrechte, die er ertheilt, z. B. für konzessionirte Wassermühlen oder Brücken.

Daneben besteht ein ausgedehnter Gemeingebrauch, insbesondere zur Schifffahrt, zum Genuß von Wasser für Menschen und Vieh, selbst zur Entnahme von Sand, Kies, Steinen, soweit öffentliches Interesse nicht entgegensteht.[6] Nach römischem Rechte war die Fischerei frei;[7] nach deutschem Rechte hat das Fischereirecht im öffentlichen Fluß nur der Staat[8] und wer es durch Verleihung oder unvordenkliche Verjährung vom Staate erwarb.

Die Römer stellten Interdikte zur Verhinderung und Beseitigung von Anlagen auf, welche die Schifffahrt stören, ferner zum Schutze der Schifffahrt gegen Behinderung und endlich gegen Anlagen, welche den

a. a. O. S. 324, Regelsberger Bd. 1 § 112 Anm. 5. Abweichend wieder neuerdings Ossig, römisches Wasserrecht 1898 S. 1 ff.

3) Die technischen Fortschritte der Neuzeit im Schiffbau, welche auch Gewässer ohne jeden Tiefgang mit Schiffen zu befahren gestatten, können an der Eigenschaft eines Flusses als Privatfluß nichts mehr ändern.

4) Mehrere Schriftsteller, welche anerkennen, daß im allgemeinen die res publicae im Eigenthume des Staates und der Gemeinde stehen, glauben bei den Flüssen das Gleiche nicht annehmen zu dürfen. Das Recht des Staates an den Flüssen soll auf dem staatlichen Hoheitsrechte beruhen. So u. a. Windscheid Bd. 1 § 146 Anm. 11, Stobbe § 64 Anm. 46, Regelsberger Bd. 1 § 113 Ziff. 2. Doch die Römer bezeichnen die öffentlichen Flüsse wie die öffentlichen Wege als dem Staate gehörig, l. 1 pr. D. de interdictis 43, 1. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 273. Hieran kann uns nicht irre machen, daß das verlassene Flußbett und die Flußinsel den Flußanliegern zufällt. Denn das Eigenthum des Staates am Flußbett ist dadurch bedingt, daß dasselbe dem Flusse zugehört. Darüber spricht sich Pomponius libro 34 ad Sabinum l. 30 § 3 D. de a. r. d. 41, 1 aus: flumina enim censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant et ex publico in privatum: itaque sicuti hic fundus, cum alveus fluminis factus esset, fuisset publicus, ita nunc privatus ... esse debet. Vgl. auch R.G. Bd. 3 S. 232, Seuff. A. Bd. 47 n. 180 (R.G.).

5) Dies auch dann, wenn das Grundstück, auf welchem das Schilf wächst, im Privateigenthume stand und erst dadurch Theil des Flußbettes wurde, daß es unter den Wasserspiegel heruntersank.

6) So R.G. Bd. 4 S. 258 in preußischrechtlicher Sache. Die verschiedenen Ansichten sind zusammengestellt bei Dernburg b. R. Bd. 3 § 135 Anm. 7.

7) § 2 J. de rer. div. 2, 1.

8) Schon in der constitutio de regalibus vom Jahre 1158 — II feud. 56 — werden piscationum reditus als regal bezeichnet. Stobbe-Lehmann Bd. 2 § 128 Ziff. 3. Nach Regelsberger Bd. 1 § 117 Anm. 9 erstreckt sich der Gemeingebrauch auch auf die „Fischerei".

Lauf des Flusses von dessen Richtung im letzten Sommer ablenken sollen.[9] Sie sind noch im Gebrauch, soweit Kläger ein eigenes Interesse verfolgt.[10]

2. Privatflüsse — auch Kanäle, die nicht öffentliche Wasserstraßen bilden — stehen im Eigenthume von Privaten. In der Regel gehören sie den Anliegern bis zur Mitte. Nach römischem Rechte unterschied sich das Eigenthum an Privatflüssen nicht von demjenigen an anderen Objekten.[11] Anders nach gemeinem Rechte. Hier sind weit mehrere und wichtigere Wasserläufe privaten Rechtes, wie in Rom, aber dies Recht ist nicht unbeschränkt. Es findet auch an Privatflüssen ein gewisser Gemeingebrauch statt. Es darf ferner der Oberlieger dem Unterlieger das Wasser, welches diesem herkömmlicherweise zufloß, nicht entziehen; er muß jedenfalls das dem Flusse entnommene Wasser nach dem Gebrauche in dessen Bett zurückleiten.[12]

3. Teiche stehen im gewöhnlichem Privateigenthume. Landseen sind bald private, bald auch öffentliche Gewässer.[13]

III. Arten der körperlichen Sachen.

§ 74. Immobilien und Mobilien.

I. Die körperlichen Sachen sind entweder unbewegliche — Immobilien — oder bewegliche — Mobilien.

1. Immobilien sind die Grundstücke. Sie haben eine unveränderliche Stelle im Raume.[1] Bestandtheil des Grundstückes ist der Erdkörper und alles mit ihm körperlich Verbundene, sei es durch Einwurzeln, sei es durch Einmauern, sei es in anderer Weise.[2]

9) Vgl. Tit. Dig. 43, 12: de fluminibus, ne quid in flumine publico ripave ejus fiat, quo pejus navigetur, Tit. Dig. 43, 13: ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat atque uti priore aestate fluxit, Tit. Dig. 43, 14: ut in flumine publico navigare liceat.

10) R.G. Bd. 15 S. 183. Seuffert Archiv Bd. 27 n. 205, vgl. oben § 72 Anm. 6. Ueber die Rechte der Mühlen in öffentlichen Flüssen vgl. R.G. Bd. 18 S. 256, Bd. 30 S. 127. Ueber den Schutz etwaiger Sonderrechte siehe oben § 72 Anm. 6.

11) l. 1 § 4 D. de fluminibus 43, 12.

12) R.G. Bd. 8 S. 134. Ein völlig freies Recht der Ableitung von Quellen in Privatgrundstücken durch deren Eigenthümer, auch wenn die Quellen Mühlenanlagen speisen, nimmt an die — sehr bedenkliche — Entscheidung R.G. Bd. 12 S. 184.

13) l. un. §§ 3 ff. D. ut in flumine publico 43, 14. l. 112 D. de V. S. 50, 16.

1) Der allgemeinste Ausdruck für Immobilien bei den Römern ist res soli, Gaj. Inst. II §§ 53, 54. Das Wort fundus bezeichnete im engeren Sinn nur landwirthschaftliche Grundstücke, Gaj. II § 42, l. 1 §§ 3 und 6 D. de vi 43. 16, aber im weiteren umfaßte es auch die Gebäude, l. 211 D. de V. S. 50, 16. Vgl. weiter l. 27 pr. D. eod. ager est locus, qui sine villa est.

2) l. 7 § 10 D. de a. r. d. 41, 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum:

Das Grundstück wird zur selbständigen Sache durch seine Begrenzung. In Rom unterschied man agri limitati und arcifinii. Die limitirten waren unter staatlicher Autorität von den Feldmessern zugemessene Grundstücke; arcifinii waren anderweit begrenzte, mochten nun ihre Grenzen willkürlich gezogen oder durch Flüsse oder auch durch öffentliche Wege gegeben sein. Nur die nichtlimitirten Grundstücke hatten Alluvionsrecht.[3] Das gemeine Recht kennt limitirte Grundstücke im römischen Sinne nicht mehr.[4]

Die Grenze wird meist äußerlich auf der Erdoberfläche markirt. Dies ist aber zur Individualisirung der Grundstücke nicht unentbehrlich. Es kann vorkommen, daß die Grenze noch nicht bezeichnet, daß ihr Lauf unbekannt ist.[5] Das Grundstück besteht als selbständiges, wenn man die Grenze nur überhaupt ermitteln und feststellen kann.

Nach ihrer wirthschaftlichen Bestimmung unterscheidet man landwirthschaftliche — praedia rustica — und Gebäudegrundstücke — praedia urbana. Zum Gebäude gehört der Hof und der Hausgarten.[6] Ställe, Magazine und selbst unbebaute Lagerplätze haben in der Regel die Rechtsstellung der Gebäude.[7]

2. Mobilien sind alle körperlichen Sachen außer den Grundstücken und deren Bestandtheilen.[8] Daher gehören zu den Mobilien unter anderem mit dem Boden nicht verbundene Gebäude; ferner die Schiffe, insbesondere auch die dem Erwerb durch die Seeschifffahrt bestimmten — die Kauffahrteischiffe.[9]

---

omne, quod inaedificatur, solo cedit. l. 29 § 2 D. de pignoribus 20, 1. l. 40 D. de a. e. v. 19, 1. B.G.B. bestimmt § 93—96 die „Bestandtheile" eines Grundstücks. Es zeichnet besonders die wesentlichen Bestandtheile — §§ 93 und 94 — aus. Vgl. unten § 208.

3) l. 16 D. de a. r. d. 41, 1, l. 1 § 6 D. de fluminibus 43, 12. unten § 207. Rudorff, römische Feldmesser Bd. 2 S. 250 ff., S. 452 ff.

4) Vgl. freilich Seuffert, Archiv Bd. 10 n. 228.

5) Beispielsweise ist die in der Mitte des Flusses entstehende Insel von Rechtswegen unter den Ufernachbarn nach körperlichen Theilen getheilt, welche noch nicht markirt und oft nur nach weitläufigen Aufnahmen bestimmbar sind.

6) l. 198 D. de V. S. 50, 16, l. 1 pr. D. communia praediorum 8, 4.

7) l. 4 § 1 D. in qu. c. pignus 20, 2. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 297.

8) Der natürliche Unterschied zwischen Immobilien und Mobilien macht sich im römischen Rechte in mehreren Beziehungen geltend. Das interdictum uti possidetis und das interdictum unde vi bezog sich nur auf Immobilien, ebenso das interdictum quod vi aut clam. Dotalgrundstücke sind unveräußerlich. Nur an Mobilien ist ein furtum möglich. Vgl. noch l. 66 D. de V. S. 50, 16. Tiefer gehen die Unterschiede im deutschen Rechte. Auf ihm beruht das Recht des B.G.B., welches geradezu ein besonderes Mobiliar- und ein besonderes Immobiliarsachenrecht ausgebildet hat.

9) l. 20 § 4 D. quod vi 43. 24. Seeschiffe werden als „schwimmende Gebäude" derzeit in mehreren Punkten ähnlich wie Immobilien behandelt. Vgl. Goldschmidt, Handelsr. Bd. 2 S. 4 Anm. 8, Stobbe, d. P. R. 3. Aufl. Bd. 1 § 63 Anm. 16.

Eine besondere Art der Mobilien sind die *Moventien*, d. h. was sich *durch eigene Lebenskraft bewegt*,[10] also *Thiere*, bei den Römern auch *Sklaven*. —

II. Beweglichkeit und Unbeweglichkeit sind Eigenschaften der Körper. Auf *Rechte* als Ideen ist die Eintheilung an sich nicht anwendbar. Sie wurde indessen auf sie durch den vulgären Sprachgebrauch und in gesetzlichen Bestimmungen übertragen. Dabei ist freilich streitig geblieben, welche Rechte zum unbeweglichen und welche zum beweglichen Vermögen zu rechnen sind.

Als unbeweglich galt das *Eigenthumsrecht* an Immobilien vermöge seiner Identificirung mit dem Grundstück, ferner deren Zubehör. Als unbewegliche weil eigenthumsähnliche Rechte gelten ferner *Superficies* und *Emphyteuse*. Auch sind Rechte immobil, die sich an Grundstücke knüpfen, insbesondere *Grundgerechtigkeiten*. Immobil ist endlich das *Bergbaurecht*.[11]

§ 75. Vertretbare, verbrauchbare Sachen.[1]

1. Gewisse Güter dienen den allgemeinen menschlichen Bedürfnissen durch die Eigenschaften ihrer *Gattung und Art*, ohne daß es auf etwaige individuelle Besonderheiten ankommt. Deshalb beachtet auch der Verkehr in der Regel nur deren Gattung, Art und Zahl. Man nennt sie *Fungibilien* oder *vertretbare Sachen*,[2] weil sie *im Verkehr* gleich geachtet werden und sich *vertreten können*, *Quantitäten* oder *Quantitätssachen*, weil nur ihre *Zahl*, nicht ihre Individualität in Betracht kommt.[3]

---

10) In Rom war der Ausdruck zweideutig. l. 93 D. de V. S. 50, 16.

11) Die gemeinrechtlichen Schriftsteller ziehen überwiegend den Kreis der immobiliaren Rechte weiter und bezeichnen alle dinglichen Rechte an Immobilien als immobil. Es besteht aber Streit, ob auch das Pfandrecht immobiliar sei, was viele verneinen, weil es ein Accessorium einer Forderung ist. Ferner ist streitig, ob eine Forderung auf Uebereignung von Immobilien zu den immobiliaren Rechten gehört, vgl. Glück Bd. 2 S. 481, Windscheid § 139 Anm. 5, Regelsberger Bd. 1 § 98 Anm. 19. Die C.P.O. unterscheidet in Ansehung der Zwangsvollstreckung bewegliches und unbewegliches Vermögen; über letzteres vgl. §§ 864 ff. Vgl. auch B.G.B. § 1551 Abs. 2 über „unbewegliches" Vermögen bei der Fahrnißgemeinschaft.

1) Goldschmidt, Handelsrecht 2. Auflage Bd. 2 S. 21. Karlowa, Begriff der fungibeln Sachen in Grünhuts Ztschrft. Bd. 16 S. 416.

2) So auch B.G.B. § 91.

3) Ueber die Geschichte der Bezeichnung „fungibel" vgl. Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 166. Die Römer sprechen von res, quae pondere, numero, mensura constant Gaj. Inst. III § 90, l. 2 § 1 D. de rebus creditis 12, 1, siehe auch l. 29 in fine D. de solutionibus 46, 3. In l. 2 § 1 D. d. r. c. sagt Paulus libro 28 ad edictum: eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie:

Dahin gehören Getreide, Wein, Oel, Wolle, ferner das Geld, d. h. das staatlich festgestellte allgemeine Maß und Surrogat der Vermögensbestandtheile. Es sind auch fungibel gleichartige Werthpapiere, d. h. Urkunden über einen Anspruch auf Geld oder andere Fungibilien, dessen Geltendmachung und Verwerthung an die Urkunde geknüpft ist.[4] [5]

Ist die Zahl geschuldeter Fungibilien fest bestimmt, so ist der Gegenstand der Schuld unzweideutig normirt. So bestimmte Ansprüche — certae[6] — sind prozessualisch vielfach ausgezeichnet.[7]

Darlehen können nur in Fungibilien bestehen. Nur Ansprüche auf Fungibilien endlich sind verzinsbar im eigentlichen Sinne.

Den Gegensatz zu den Fungibilien bilden die Individualsachen — Species —, bei denen man in der Regel auf das besondere Individuum Gewicht legt, z. B. ein Haus, Gemälde, Pferd.

Die Regel des Verkehrs bestimmt über die Eigenschaft der Sachen als vertretbarer oder nicht vertretbarer. Im Einzelfall aber kann, was regelmäßig als Individualsache gilt, bloß nach Gattung und Art in Betracht kommen z. B. bei einem Lieferungsvertrag über 100 Pferde für eine Pferdeeisenbahn; — oder umgekehrt was regelmäßig vertretbar ist, als Species behandelt werden, z. B. Geldstücke.

2. Verbrauchbare Sachen — Konsumtibilien — sind diejenigen, deren bestimmungsgemäßer Gebrauch in ihrem Verbrauch besteht, z. B. Getreide, Wein, Oel. Dabei ist zunächst an die körperliche Vernichtung gedacht, doch auch Geld und was dem Verkehr als Geld dient,[8] ist zu den verbrauchbaren Sachen zu zählen, weil es für seinen Eigenthümer durch den Gebrauch verbraucht wird.[9]

---

nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest.

4) Ueber Werthpapiere vgl. Brunner in Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. 2 S. 140 ff.

5) Man spricht von „fungibeln Handlungen", wenn im Verkehr auf die Individualität des Leistenden kein Gewicht gelegt wird, im Gegensatz von nichtfungibeln, bei welchen es auf die Persönlichkeit des Leistenden ankommt.

6) l. 74, l. 75 § 1 und § 2 D. de verb. obl. 45, 1.

7) Nur wegen Ansprüche auf eine bestimmte Summe von Fungibilien sind exekutorische Urkunden mit sofortiger Zwangsvollstreckung zulässig C.P.O. § 794 Ziff. 5, findet der Urkundenprozeß, C.P.O. § 592, das Mahnverfahren statt, C.P.O. § 688.

8) Nicht als verbrauchbar behandelt Regelsberger Bd. 1 § 100 „Banknoten mit Nummern". Mit Unrecht. Soll der Nießbrauch an ihnen ein „wahrer" sein, welcher zu ihrer Rückgabe in specie verpflichtet? dann wäre der Nießbraucher zu bedauern. Banknoten, die nicht numerirt sind, giebt es übrigens nicht.

9) Nach B.G.B. § 92 sind verbrauchbare Sachen auch solche Mobilien, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in ihrer Veräußerung besteht, und es gelten als verbrauchbar auch bewegliche Sachen, die zu einem Sachinbegriffe gehören, dessen bestimmungsmäßiger Gebrauch in der Veräußerung der einzelnen Sachen besteht.

3. Die Eigenschaften der Vertretbarkeit und der Verbrauchbarkeit finden sich meist zusammen. Aber nicht immer ist dies der Fall. Es sind z. B. nichteingebundene Bücher, ferner Werthpapiere vertretbar, nicht verbrauchbar.

§ 76. Theilbarkeit der Sachen.[1]

Körperliche Sachen sind in der Regel körperlich theilbar, d. h. in selbständige Sachen zerlegbar. Die Theilung von Immobilien geschieht durch Ziehung von Grenzen; es genügt deren rechtsverbindliche Feststellung, auch wenn sie noch nicht äußerlich markirt sind.[2] Horizontale Theilung, insbesondere nach Stockwerken, ist unzulässig; denn das Eigenthum des Bodens zieht den ganzen auf ihm errichteten Bau nach sich.[3] Theilung der Nutzung nach Stockwerken ist thunlich. Mobilien werden durch körperliche Zerlegung getheilt.[4]

---

1) Wächter, Archiv für civ. Praxis Bd. 27 n. 7. Steinlechner, das Wesen der juris communio I S. 5 ff. Rümelin in Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 387.

2) Jeder Theil wird zum selbständigen Grundstück. Historisch betrachtet bleibt er aber Theil des ursprünglichen Grundstückes. Dies hat praktische Bedeutung, wenn das Gesammtgrundstück mit dinglichen Lasten, z. B. Pfandrechten beschwert war. Daher l. 25 § 1 D. de V. S. 50, 16 Paulus libro 21 ad edictum. Quintus Mucius ait partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari. Vgl. l. 6 § 1 D. comm. praed. 8, 4, l. 5 § 16 D. de rebus eor. 27, 9. Von einer communio pro diviso sprechen die Römer auch, wenn ein Grundstück, wie namentlich eine Insel, zwar natürlicherweise etwas Einheitliches, aber nach bestimmten Theilen getheilt ist, l. 29 D. de a. r. d. 41, 1.

3) So das römische Recht, einfach, logisch, starr. Aber in Deutschland hat sich vielfach partikularrechtlich Eigenthum an einzelnen Stockwerken gebildet und erhalten, Kuntze, die Kojengenossenschaft und das Geschoßeigenthum 1888; diese volksthümliche Rechtsbildung ist nicht um des romanistischen Princips willen zu ersticken. Auch Einf.-Ges. z. B.G.B. Art. 182 läßt sie unberührt.

4) Windscheid Bd. 1 § 142 Anm. 4 — ähnlich Regelsberger Bd. 1 § 101 Anm. 3 — behauptet, auch bei Mobilien sei Realtheilung ohne Aufhebung des körperlichen Zusammenhanges, also durch bloße Abgrenzung zulässig, obgleich nicht das Gewöhnliche. Er stützt sich auf l. 84 D. pro socio 17, 2; mit derselben stehe zwar l. 19 D. comm. div. 10, 3 in Widerspruch, aber es sei ungerechtfertigt, die letzte Stelle der ersten vorzuziehen und nicht umgekehrt. Es besteht indessen kein Widerspruch unter diesen Entscheidungen, die beide von Paulus herrühren. Beide sprechen gleichermaßen gegen die Behauptung Windscheids. Paulus behandelt den Fall, daß ein Baum auf der Grenze stand und gefällt wird. So lange er auf der Grenze stand, sagt Paulus, war er durch die Grundstücksgrenze, die durch ihn laufend gedacht wurde, realiter getheilt. Nachdem er aber gefällt ist, ist er eine bewegliche Sache, die im Miteigenthum der Grundstücksnachbaren nach ideellen Theilen steht. Dies gilt also auch dann, wenn die Grundstücksgrenze am Baume markirt sein sollte. Insbesondere führt l. 83 D. pro socio 17, 2 Paulus libro primo manualium aus: an qua ratione duabus massis duorum dominorum flatis tota massa communis est, ita arbor hoc ipso, quo separatur a solo propriamque substantiam in unum corpus redactam accipit, multo magis pro indiviso communis fit, quam massa? sed naturali convenit rationi et postea tantam partem utrumque habere tam in lapide quam in arbore, quantam et in terra habebat. — Windscheid scheint anzunehmen, Paulus

Das Recht kann körperliche Sachen zu untheilbaren machen, und zwar entweder absolut oder relativ.

a) Theilungsverbote, welche auf dem öffentlichen Rechte beruhen, bewirken absolute Untheilbarkeit. Solche Theilungsverbote kommen in Partikularrechten vor, indem sie z. B. die Theilung von Bauernhöfen oder von Waldungen ausschließen.[5]

b) Die relative Untheilbarkeit beruht auf privatrechtlichen Gesichtspunkten. Relativ untheilbar sind Objekte, deren körperliche Theilung seitens eines Miteigenthümers nicht erzwungen werden kann. Dergestalt untheilbar sind Objekte, deren körperliche Theilung zu einer Vernichtung ihres Wesens oder zu einer Werthzerstörung führen würde.[6] Es gehören hierher z. B. Reitpferde, Gemälde, Diamanten, Spiegelscheiben, die gemeinsame Einfahrt zweier Häuser, welche ohne unverhältnißmäßige Kosten nicht ersetzbar wäre.[7]

Theilrechte d. h. bloß gedachte Bruchtheile — partes pro indiviso — sind sowohl an untheilbaren wie an theilbaren Objekten möglich.[8]

§ 77. Pertinenzen.[1]

Pertinenzen — Zubehör, Hülfs- oder Nebensachen, — sind Objekte, welche zusammen mit einer anderen Sache — der Hauptsache — dem-

---

verneine in den letzten Worten die von ihm aufgeworfene Frage und nehme schließlich partes pro diviso an dem gefällten Baumstamm an. Dies ist nicht der Fall. Paulus hält die Frage durch die Formulirung seiner Frage für entschieden. Nur das fügt er hinzu, daß die nunmehrigen ideellen Theile am Baum der Größe der bisherigen reellen Theile entsprechen. Dies nur drücken die Worte tantam partem, quantam in terra habebat aus. Nach B.G.B. § 923 gehört der gefällte Baum den Nachbarn „zu gleichen Theilen". Auch die l. 8 D. de rei vind. 6, 1 sagt: Mobilien können nicht pro diviso besessen werden; dies doch gewiß nur, weil sie nicht körperlich getheilt im Eigenthume stehen können. Vgl. Eisele in Iherings Jahrb. Bd. 31 S. 360, Arch. f. civil. Prax. Bd. 84 S. 305.

5) Nach Einf.Ges. z. B.G.B. Art. 119 bleiben sie unberührt. Etwas Verwandtes ist, daß Aktien untheilbar sind, H.G.B. § 179.

6) l. 26 § 2 D. de leg. I. Pomponius libro 5 ad Sabinum: In his tamen rebus partem dare heres conceditur, quae sine damno dividi possunt; sin autem vel naturaliter indivisae sint vel sine damno divisio earum fieri non potest, aestimatio ab herede omnimodo praestanda est. § 5 J. de officio judicis 4, 17. l. 34 § 2b C. de donat. 8, 53.

7) Vgl. Zimmermann, Archiv für civ. Praxis Bd. 54 n. 20.

8) l. 35 § 3 D. de rei vind. 6, 1. Paulus libro 21 ad edictum: Eorum quoque, quae sine interitu dividi non possunt, partem petere posse constat. Der Sinn ist: man kann auch einen ideellen Theil einer untheilbaren Sache vindiciren, da die Auseinandersetzung durch Werthausgleichung erfolgen kann. Ueber R.G. Bd. 33 S. 165 vgl. Eck in Iherings Jahrb. Bd. 35 S. 308. — Miteigenthum zu ideellen Theilen ist auch an Aktien möglich und häufig.

1) Gesterding, Irrthümer der Rechtsgelehrten S. 301 ff. Funke, die Lehre von den Pertinenzen 1827. Wächter, Württ. Pr.Recht Bd. 2 S. 242 ff. Dernburg,

ſelben wirthſchaftlichen Zwecke dienen, weshalb beide im Verkehr als eine einheitliche Größe gelten.

1. Die Folge der Pertinenzeigenſchaft war in Rom einzig, daß ſich *Rechtsgeſchäfte*, insbeſondere Verkäufe, Vermächtniſſe, Verpfändungen, *über die Hauptſache* in Ermangelung abweichender Parteierklärungen auch *auf deren Pertinenzen erſtreckten*.[2]

Es gelten nach römiſchem Rechte als Pertinenzen auch nur gewiſſe *geringwerthige*, der *ſtetigen Benutzung* der *Hauptſache dienende Hülfsſachen*.

Vor allem ſind Immobilien mit Pertinenzen ausgeſtattet, aber auch Pertinenzen von Mobilien kommen vor, insbeſondere von Schiffen.

Pertinenzen eines Hauſes ſind unter anderem Fenſterläden, Schlüſſel;[3] Pertinenzen eines landwirthſchaftlichen Grundſtückes der ihm beſtimmte Düngervorrath, ſowie die dem Vieh untergelegte Streu,[4] ferner Antheile an einem Brunnen, an Weidegrundſtücken,[5] Pertinenzen eines Weinberges die Weinbergspfähle.[6]

Die Widmung zum Dienſte der Hauptſache muß *thatſächlich verwirklicht* ſein. Baumaterialien — ruta caesa — ſind, wenn auch angefahren, nicht Pertinenz des Baugrundſtückes. Was bloß zeitweiſe weggenommen iſt, z. B. Vorfenſter, Weinbergspfähle, Ziegel, bleibt Pertinenz.[7] Nur was der *Sachbeſitzer* in den Dienſt der Hauptſache

---

Pfandrecht Bd. 1 § 56. Goeppert, über die organiſchen Erzeugniſſe S. 59. Kohler in Iherings Jahrbüchern Bd. 26 n. 1.

2) Kohler a. a. O. hebt energiſch hervor, daß die Zweckverbindung verſchiedener Sachen im Intereſſe der Kultur iſt, daß die Auflöſung derſelben und Zerſplitterung die Erreichung derjenigen Kulturzwecke hindert, welchen die Sachen in ihrem Zuſammenhang dienen z. B. im Fall der Trennung von Ackervieh und Saatkorn vom Landgut, der Maſchinen und Arbeitsgeräthe von der Fabrik. Doch das römiſche und gemeine Recht überläßt die Würdigung dieſer Momente, die keineswegs immer gleichmäßig im gegebenen Fall zutreffen, den Betheiligten und kommt der Erhaltung des wirthſchaftlichen Ganzen nur durch eine Vermuthung zu Hülfe.

3) l. 17 pr. D. de act. e. v. 19, 1. Ulpianus libro 32 ad edictum: Fundi nihil est, nisi quod terra se tenet: aedium autem multa esse, quae aedibus adfixa non sunt, ignorari non oportet, ut puta seras, claves, claustra: multa etiam defossa esse neque tamen fundi aut villae haberi, ut puta vasa vinaria torcularia, quoniam haec instrumenti magis sunt, etiam si aedificio cohaerent.

4) l. 17 § 2 D. de a. e. v. 19, 1.

5) l. 20 § 1 D. si serv. 8, 5, l. 91 §§ 4 und 5 D. de leg. III. Goeppert a. a. O. S. 65 behauptet, es ſei nicht wahr, daß ein Grundſtück jemals Pertinenz eines andern ſei; dagegen Windſcheid Bd. 1 § 143 Anm. 9. Nach B.G.B. § 97 ſind nur bewegliche Sachen „Zubehör".

6) l. 17 § 11 D. de a. e. v. 19, 1.

7) l. 18 § 1 D. de a. e. v. 19, 1. Javolenus libro 7 ex Cassio: Tegulae, quae nondum aedificiis impositae sunt, in rutis et caesis habentur: aliud juris est in his, quae detractae sunt, ut reponerentur. Vgl. B.G.B. § 97 Abſ. 2.

stellt, ist Pertinenz derselben, nicht was dem bloßen Nutzungsberechtigten gehört.[8]

Objekte, welche zwar den Zwecken einer anderen Sache dienen, aber von solcher Bedeutung für den Verkehr sind, daß dieser sie regelmäßig als selbständige Sachen behandelt und hervorhebt, gelten dem römischen Recht nicht als Pertinenzen. Daher wurde das Inventar eines Landgutes,[9] Pekuliargut eines Sklaven von den Römern nicht als Pertinenz angesehen.[10]

Körperliche Verbindung der Nebensache mit der Hauptsache ist für den Pertinenzbegriff *nichts Wesentliches*. Unrichtig aber ist die vielfach vertretene Behauptung, daß die mit einer andern körperlich verbundenen und ihr hierdurch eingefügten Sachen *nicht* Pertinenzen *sein können*, weil sie eben zu *Sachtheilen* geworden seien.[11]

Denn es fragt sich, ob der Erwerber der Hauptsache durch Kauf, Vermächtniß, ob der Pfandgläubiger Ansprüche auf solche Inkorporationen hat, oder ob sie der Verkäufer, Erbe, Besitzer abtrennen und für sich zurückhalten darf? Und für *diese Frage* entscheidet die Bestimmung der einverleibten Sache. Wurde sie vom Besitzer nur zu temporären oder persönlichen Zwecken eingefügt, so darf er sie wegnehmen, für sich zurückbehalten, weil sie eben nicht Pertinenz ist.[12] Was dagegen der Hauptsache einverleibt wurde, um ihr *dauernd zu dienen*, hat Pertinenzqualität; es darf nicht von ihr getrennt werden, ist insbesondere dem Käufer oder Vermächtnißnehmer mitzuüberliefern.[13]

Die bisherige Hülfssache verliert die Eigenschaft als Zubehör, wenn sie von ihrem Besitzer andern wirthschaftlichen Zwecken gewidmet wird,

---

8) Nach Kohler a. a. O. S. 69 ist Pertinenz auch nicht, was der Nichteigenthümer, welcher als Eigenthümer besitzt, zubringt. Aber wenn er die Hauptsache verkauft, veräußert er damit auch solche Pertinenzen. Nach B.G.B. ist es grundsätzlich ohne Bedeutung, wer das Zubehörstück in den Dienst der Hauptsache gestellt hat.

9) l. 2 § 1 D. de instructo vel instrumento legato 33, 7.

10) l. 1 § 1 D. de pign. 20, 1. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 435 Anm. 7.

11) Windscheid Bd. 1 § 143 Anm. 1; vgl. auch Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 § 56. Die Frage, was ein Sachtheil sei, ist in erster Linie eine physikalische, was Pertinenz bildet eine wirthschaftliche. Ueber die rechtliche Behandlung der Sachtheile vgl. unten §§ 208, 209.

12) Vgl. die oben Anm. 3 abgedruckte l. 17 pr. D. de a. e. v. 19, 1, l. 242 § 1 D. de V. S. 50, 16, l. 245 D. eod.

13) Im Zweifel ist bei Kohärenz des Gegenstandes für die Pertinenzeigenschaft zu entscheiden; denn die körperliche Verbindung kann als Zeichen für die Absicht gelten, die Nebensache zum dauernden Gebrauch der Hauptsache zu bestimmen. l. 38 § 2 D. de act. e. v. 19, 1, l. 21 D. de instructo 33, 7. Seuff. A. Bd. 7 n. 286. Im Sinne einer thatsächlichen Vermuthung hat also der alte Spruch Bedeutung, daß Pertinenz sei, was wand-, band-, niet- oder nagelfest ist.

nicht minder, wenn sie an Jemanden veräußert wird, der nicht Eigenthumsbesitz der Hauptsache hat.

2. Nach deutschen Rechtsanschauungen ist alles Pertinenz, was mit der Hauptsache wirthschaftlich eine Einheit bildet. Dies hat auf das gemeine Recht und noch mehr auf die Partikularrechte eingewirkt. Nach vielen Partikularrechten gilt insbesondere das landwirthschaftliche Inventar eines Grundstückes als dessen Pertinenz.[14]

Es ist ferner die Wirkung der Pertinenzeigenschaft eine weit durchgreifendere als nach römischem Recht. Namentlich gelten die beweglichen Pertinenzen eines Grundstücks, so lange sie demselben gewidmet bleiben, als immobil. Sie unterliegen daher mit ihm der Verhypothecirung, auch wo Hypotheken nur an Immobilien möglich sind, sowie immobiliarer Zwangsvollstreckung.[15]

IV. § 78. Frucht und Kapital.

1. Frucht — Einkommen — ist der regelmäßige Ertrag einer Sache oder eines anderen Vermögensbestandtheils — des Kapitals.[1] Die menschliche Wirthschaft muß nothwendig einerseits den Kapitalstock oder die Substanz des Vermögens und andererseits dessen Frucht oder Einkommen unterscheiden. Dieser wirthschaftlichen Unterscheidung schließt sich das Recht an.[2]

Die herrschende Lehre betrachtet dagegen den Fruchtbegriff nicht als einen wirthschaftlichen, sie sieht in ihm etwas Naturwissenschaftliches, indem sie Frucht mit dem „organischen Erzeugniß“[3] einer Sache identificirt. Das ist verwirrend. Allerdings sind die meisten organischen Erzeugnisse, welche auf einem Grundstück aus Samen oder Stecklingen erwachsen, dessen Früchte. Dies sind sie aber nur, wenn sie dessen regelmäßigen Ertrag bilden, was wohl bei Getreide, Obst, Gras, keineswegs aber schlechthin bei Bäumen der Fall ist, welche doch auch s. g. Boden-

14) Ebenso B.G.B. § 98 Ziff. 2. R.G. Bd. 20 S. 203 behandelt Maschinen als Pertinenzen der Fabrik, wenn sie dem bleibenden Zweck des Immobile und damit den Bedürfnissen eines jeden Besitzers zu dienen bestimmt erscheinen. Vgl. auch R.G. in Seuff. A. Bd. 47 n. 181.

15) So B.G.B. §§ 1120—1122, C.P.O. § 865.

1) Aehnlich Czyhlarz bei Glück Bücher 41 und 42 Bd. 1 S. 389. — Die folgenden Ausführungen schließen sich vorzugsweise an Leo v. Petrażycki, Einkommen 1. Band 1893 an.

2) Den ökonomischen Gesichtspunkt hebt ausdrücklich hervor l. 77 D. de V. S. 50, 16. Paulus libro 49 ad edictum: Frugem pro reditu appellari, non solum frumentis aut leguminibus, verum et ex vino, silvis caeduis, cretifodinis, lapidicinis capitur, Julianus scribit.

3) So namentlich Goeppert, über die organischen Erzeugnisse 1869, Regelsberger Bd. 1 § 103. Hiernach B.G.B. § 99. Vgl. über dasselbe Dernburg, bürg. Recht Bd. 3 S. 31.

erzeugniſſe ſind.[4] Andrerſeits ſind Beſtandtheile des Erdkörpers, z. B. Steine, Mineralien, Ziegelerde, welche gewiß keine Erzeugniſſe des Grundſtücks ſind, Frucht deſſelben, wenn ſie einen regelmäßigen Ertrag des Grundſtücks abgeben.[5] Gleiches gilt vom Jagdertrag.[6 7]

Der Fruchtnutzen von Thieren ferner beſteht in ihrem Arbeitsertrag, ebenſo wie in Wolle, Milch, Thierjungen.[8] Als Fruchtnutzen der Sklaven galt in Rom nur ihr Arbeitsertrag, nicht aber das Sklavenkind, ihr organiſches Erzeugniß.[9]

Den Fruchtertrag eines vermietheten oder verpachteten Grundſtücks bilden die Mieth- und Pachtzinſen.[10]

Da die Subſtanz einer Heerde wirthſchaftlich etwas anderes iſt, als die der Einzelthiere, welche ſie bilden, iſt auch der Fruchtnutzen beider etwas Verſchiedenes.[11] Entſprechendes gilt für alle Sachgeſammtheiten.

---

4) Vgl. l. 7 § 12 D. soluto matrimonio 24, 3. Ulpianus libro 31 ad Sabinum ... puto autem si arbores caeduae fuerunt vel gremiales dici oportet in fructu cedere. Nicht zu den Früchten gehören einzelne abgängige Bäume. Iſt ein Wald durch Windbruch niedergeworfen, ſo gehört zur Frucht nur, was dem Jahresertrag entſprechen würde, das Uebrige iſt Subſtanz.

5) l. 7 § 14 D. soluto matrimonio 24, 3. In l. 7 § 13 wird die Sache ebenſo behandelt. Als Frucht im engeren Sinne wird freilich dort nur angeſehen der Marmor von der Beſchaffenheit, ut lapis ibi renascatur. Vgl. hierüber Petrażycki S. 88.

6) l. 26 D. de usuris 22, 1 Julianus libro 6 ex Minicio: Venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet. Anders Petrażycki S. 174.

7) Keine Frucht des Grundſtückes iſt der in ihm gefundene Schatz. Er bildet keinen regelmäßigen Ertrag.

8) l. 39 § 1 D. de leg. I. — l. 68 § 1 D. de usufructu 7, 1, l. 28 pr. D. de usuris 22, 1, l. 4 § 19 D. de usurp. 41, 3.

9) l. 31, l. 79 D. de rei vind. 6, 1. Tit. Dig. de operis serv. 7, 7, Petrażycki S. 61. Hinſichtlich des Sklavenkindes bezeugt Ulpian libro 17 ad Sabinum, l. 68 pr. D. de usufructu 7, 1: Vetus fuit quaestio, an partus ad fructuarium pertineret: sed Bruti — vgl. l. 2 § 39 D. de or. jur. 1, 2 — sententia optinuit fructuarium in eo locum non habere: neque enim in fructu hominis homo esse potest. l. 28 § 1 D. de usuris 22, 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum ... cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparavit. Vgl. Petrażycki S. 82, 229.

10) l. 62 D. de rei vind. 6, 1. Papinianus libro 6 quaestionum. Si navis a malae fidei possessore petatur et fructus aestimandi sunt, ut in taberna et area, quae locari solent ... etsi maxime vectura sicut usura non natura pervenit sed jure percipitur. l. 38 § 13 D. de usuris 22, 1, l. 8 § 2 D. de rebus a. jud. 42, 5. Anderwärts werden die Miethgelder als loco fructuum bezeichnet. l. 29 D. de her. pet. 5, 3, l. 34 D. de usuris 22, 1. In l. 121 D. de V. S. 50, 16 ſagt Pomponius libro 6 ad Quintum Mucium: Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione.

11) l. 70 § 3 D. de usufr. 7, 1, Petrażycki Seite 99.

Zinsen bilden den Fruchtertrag eines Kapitals von Geld oder anderen Fungibilien. Doch unterliegen sie besonderer Behandlung.[12]

2. Unter Frucht versteht man nicht blos den Brutto-, sondern auch den Nettoertrag eines Kapitals — dessen Reineinkommen.[13] Dasselbe ergiebt sich durch Berechnung des Werths der Bruttofrucht unter Abzug der Kosten der Bestellung und der Versicherung der Früchte, sowie der laufenden Verwendungen, welche zur Erhaltung des Kapitals erforderlich sind.[14]

3. Die von einer körperlichen Sache gewinnbaren Früchte sind:

a) ungetrennte — fructus stantes, pendentes. Sie sind noch nothwendig Theile derselben.[15] Sie stehen in der dinglichen Rechtsstellung der fruchttragenden Sache. Sie können noch nicht Gegenstand besonderen Eigenthumes[16] oder besonderer dinglicher Rechte sein. Geschäfte über hängende Früchte sind nur in derselben Weise wie über künftige Sachen anderer Art möglich.[17][18]

b) Mit der Trennung der Frucht — ihrer Separation — entsteht eine neue selbständige Sache. Viele hegen freilich die Ansicht, daß die getrennte Frucht fortdauernd Theil der fruchttragenden Sache sei. Die Fruchttrennung, führt man aus, bildet nur eine Vervielfältigung des Eigenthums, gerade so, wie wenn der Eigenthümer seinen Bogen Papier oder seinen Leib Brod zerschneidet.[19] Dies ist

12) Durch Rechtsgeschäfte aus einem Kapital gewonnene Früchte nennt man bürgerliche; vgl. aber Petražycki S. 262.

13) l. 1 C. de fruct. 7, 51. Hoc fructuum nomine continetur, quod justis sumptibus deductis superest, l. 46 D. de usur. 22, 1, Petražycki S. 144.

14) Vgl. Petražycki S. 150.

15) l. 44. D. de rei vind. 6, 1. Gajus libro 29 ad edictum provinciale. Fructus pendentes pars fundi videntur, l. 25 § 6 D. quae in fraudem creditorum 42, 8 und hierzu Lenel edictum perpetuum S. 399.

16) Der Käufer stehender Bäume hat daher nur eine Klage auf Uebergabe der Bäume. Er wird nicht deren Eigenthümer, solange sie anstehen, selbst wenn sie speciell bezeichnet und angeschlagen sein sollten, l. 40 D. de act. e. v. 19, 1. Pomponius libro 31 ad Quintum Mucium: arborum, quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo et ideo ut dominus suas specialiter arbores vindicare emptor non poterit: sed ex empto habebit actionem.

17) Künftige Früchte können verkauft oder sonst versprochen werden, wobei ihre dereinstige Entstehung vorausgesetzt wird, l. 8 D. de contr. empt. 18, 1. Sie sind auch im voraus verpfändbar, müssen aber, damit das Pfandrecht entsteht, zur Zeit ihrer Separation in das Eigenthum des Verpfänders treten, l. 15 pr. D. de pign. 20, 1.

18) Nach deutscher Auffassung sind ungetrennte Früchte, nachdem sie erkennbar hervorgetreten sind, bereits selbständige Sachen. Gemäß derselben läßt die C.P.O. §§ 810, 824 die „Pfändung" solcher Früchte behufs der Zwangsvollstreckung zu, indessen nur solange nicht ihre Beschlagnahme im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erfolgt ist, vgl. auch Abs. 2 des § 810. Das B.G.B. steht auf dem römischen Standpunkt.

19) Brinz Bd. 1 S. 546 und insbesondere Goeppert a. a. O. S. 176. Mit Recht hebt Petražycki, Fruchtvertheilung S. 99 hervor, daß — l. 2 D. pro suo 41,

irrig. Die ſeparirte Frucht hat ſelbſtändige Form, ſelbſtändigen Namen und iſt ſelbſtändige Sache. Das Fohlen dankt der Stute ſeine Entſtehung, aber ein Theil derſelben iſt es nicht.

4. Wie das Wort „Frucht" den doppelten Sinn Brutto- und Nettoertrag hat, ſo hat auch der Ausdruck „fructus percepti" eine Doppelbedeutung. Er bezeichnet einmal Früchte, deren Beſitz man ergriffen hat, und außerdem den mittels Verwerthung der Naturalfrüchte gewonnenen Reinertrag.[20]

5. Gewinnbare Früchte — fructus percipiendi — bilden den Reinertrag, welcher aus einem Kapital erzielt werden kann. Wer zum Fruchterſatz verbunden iſt, hat meiſt auch den gewinnbaren Fruchtertrag zu erſtatten. Dies erleichtert dem Kläger die Durchführung ſeiner Anſprüche. Denn was ein Beklagter aus dem fruchttragenden Kapital wirklich gezogen hat, läßt ſich häufig nicht nachweiſen, was aber das Kapital hätte bringen können iſt in der Regel durch Sachverſtändige feſtzuſtellen.[21]

Vierter Abſchnitt.

Rechtserwerb und Rechtsverluſt.

Erſtes Kapitel.

Die Faktoren der Rechte im ſubjektiven Sinne.

§ 79. Die juriſtiſchen Thatſachen.[1]

Die Faktoren der Rechte im ſubjektiven Sinne ſind Thatſachen, d. h. im Raum und in der Zeit ſich abſpielende, ſinnlich wahrnehmbare Begebenheiten. Durch Thatſachen vollzieht ſich der Erwerb, die Veränderung, der Verluſt der Rechte. Und wie die Rechte begrifflich aus Thatſachen fließen, ſo läßt ſich deren Exiſtenz praktiſch nur aus Thatſachen erſchließen und erkennen. Daher dreht ſich jeder Rechtsſtreit in erſter Linie um die rechtsbegründenden, rechtsver-

10 — der Erwerbstitel der „fructus rei emtae" nicht „pro emtore" ſondern „pro suo" war. Gleiches galt für das Sklavenkind. Näheres hierüber in den erſten drei Aufl. dieſes Buchs Anm. 14. Siehe auch Petražycki, Fruchtvertheilung S. 122.

20) l. 9 § 6 D. de reb. a. jud. 42, 5. quanto minus propter hoc perceptum est, quia neque vendidit, neque locavit. Petražycki S. 177.

21) Vgl. Petražycki, Einkommen Bd. 2 S. 61.

1) Vgl. namentlich die Unterſuchungen von Bekker Bd. 2 § 30 ff. — Die Ausführungen der §§ 79 bis 84 ſind auch für die Theorie des B.G.B. die maßgebenden.

ändernden und rechtsvernichtenden Thatsachen. Man nennt mit Fug solche *rechtsgestaltende* Thatsachen *juristische*, denn sie sind es, welche das Rechtsleben bestimmen.

Die Gesammtheit der Thatsachen, welche zu einer Rechtswirkung erforderlich sind, bildet deren *juristischen Thatbestand*.[2]

Dieser Thatbestand hat rechtliche Wirkung nur unter der Anerkennung und unter dem Schirm der Rechtsordnung.[3] Doch muß man sich die Rechtsordnung dabei nicht als einen deus ex machina denken, so daß sie willkürlich an Thatsachen Rechtswirkungen knüpft. Vielmehr ist die Wirkung der wichtigsten juristischen Thatsachen, z. B. des Descendentenverhältnisses, der Ehe, des Kaufes, des Darlehns durch die Nothwendigkeit des menschlichen Zusammenlebens und die Eigenart des betreffenden Volks und Staats begründet. Es wohnen den juristischen Thatsachen rechtsbildende Kräfte inne, welche die Anerkennung des Rechts herausfordern. —

Die juristischen Thatsachen bilden zwei Hauptgruppen, nämlich *Handlungen*, d. h. *Willensäußerungen der Betheiligten*, und andere *Ereignisse*, z. B. Geburt, Tod, Zeitablauf.

Die Handlungen sind theils *bloße Willensäußerungen*, z. B. ein Testament, theils *Realakte*, bei denen sich die Willenserklärung mit einer andern Thatsache verbindet, z. B. Besitzergreifung, Hingabe eines Darlehens.

Der Wille kann sich auch in *Unterlassungen* bethätigen. Daher betrachtet man die Unterlassungen als Unterart der Handlungen und nennt sie *negative Handlungen*.

Zu den Handlungen gehören Rechtsgeschäfte und Delikte.[4] *Rechtsgeschäfte* sind Willensäußerungen, durch welche der Handelnde seine Rechtsverhältnisse selbstbestimmend gestaltet, sie bilden die Mittel seiner

---

2) Regelsberger Bd. 1 § 118.

3) Ein vielcitirtes Wort Windscheids ist — Bd. I § 63 —: „Man sagt von dem Thatbestande, daß er das Recht erzeuge, aufhebe, verändere; das *eigentlich wirkende* ist der an diesen Thatbestand angeknüpfte *Spruch der Rechtsordnung*." Vgl. aber Zitelmann, Irrthum S. 280; Enneccerus, Rechtsgeschäft Bd. 1 S. 153.

4) Diese beiden Kategorien erschöpfen übrigens die juristisch in Betracht kommenden Handlungen nicht. Fahren oder gehen über ein Grundstück kann zur Ersitzung einer Servitut führen; es ist jedoch weder Rechtsgeschäft noch an sich Delikt: Schloßmann, Vertrag S. 129. Ferner kann dieselbe Handlung ein Rechtsgeschäft bilden und zugleich ein Delikt, z. B. die Veräußerung einer deponirten Sache, die ein furtum bildet. Aber dies spricht nicht gegen die Eintheilung. Denn eine solche Handlung bildet von gewissen Gesichtspunkten aus und nach gewissen Richtungen ein Delikt, nach andern ein Rechtsgeschäft. Anders Schloßmann, Vertrag S. 130, vgl. gegen ihn Thon, Rechtsnorm S. 368 ff.

privatrechtlichen Freiheit.[5] *Delikte* sind schuldhafte rechtsverletzende Handlungen, an welche sich Bestrafung und Schadensersatzpflicht des Schädigers knüpft, damit sein Unrecht gesühnt und gut gemacht werde. Auch Delikte sind gewollt wie Rechtsgeschäfte, aber die rechtliche Wirkung des Delikts tritt dem Willen des Delinquenten zum Trotz ein, die des Rechtsgeschäfts ist dem Willen des Handelnden grundsätzlich entsprechend.

Thatbestände als Ursachen von Rechtswirkungen nennt man *Titel*. Beruhen sie auf Verträgen, so heißen sie *Vertragstitel*; sind sie vom Willen der Betheiligten unabhängig, so spricht man von *gesetzlichen Titeln*.

§ 80. Der Rechtserwerb.

Die *Selbsterschaffung des Rechtes* der *Betheiligten* durch ihren *Willen* war das Ideal der Römer, welches sie möglichst zu verwirklichen suchten. Den realen Verhältnissen gegenüber war dies freilich nicht selten nur in künstlicher und gezwungener Weise thunlich.

Dem deutschen Recht dagegen galt als das Naturgemäße, daß das Individuum in Folge seiner Geburt, socialer Momente, der Lebensverhältnisse in gegebene Rechtsbeziehungen eintrete. Der individuelle Wille hatte daneben ursprünglich nur einen sehr beschränkten Raum. Erst mit der Reception des römischen Rechtes wurde dem Willen der Einzelnen sowohl im Verkehr unter Lebenden als bei letztwilligen Verfügungen freiere Bahn eröffnet. Aber die römische Grundanschauung, wonach der Erwerb von Rechten normaler Weise nur aus dem Willen des Berechtigten hervorgeht, und die Rechtspflichten grundsätzlich nur auf dem Willen des Verpflichteten beruhen, blieb eine fremde. Dies bewirkte zahlreiche und tiefgreifende Umgestaltungen.

Recht anschaulich macht dies ein Verhältniß des Nachbarrechts. Drohte das Nachbarhaus den Einsturz, so war der Eigenthümer des baufälligen Hauses in Rom an sich zur Reparatur nicht verpflichtet, er hatte von Rechtswegen nicht für Schaden durch den Einsturz aufzukommen; aber der durch den Einsturz gefährdete Nachbar konnte die *Uebernahme der Schadensersatzpflicht* durch Stipulation — cautio damni infecti — fordern; die Verweigerung der Kaution hatte empfindliche Nachtheile im Gefolge.[1]

5) Vgl. unten § 91.

1) Aehnliches finden wir bezüglich der väterlichen Einwilligung zu Eheschließungen der Hauskinder. Der Hausvater sollte sie nicht ohne Grund verweigern; geschah dies dennoch, so wurde er zu deren Ertheilung von dem Magistrate *gezwungen*. Eine *Ergänzung* durch die Obrigkeit findet nicht statt. l. 19 D. de ritu nuptiarum 23, 2: „coguntur in matrimonium collocare et dotare".

Der heutigen Rechtsauffassung erscheint es als zweckloser Umweg, solcher Gestalt eine Willenserklärung zu erzwingen, statt die Wirkungen, welche sich an sie knüpfen würden, direkt eintreten zu lassen. Dieser Auffassung giebt Ausdruck C.P.O. § 894: „Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urtheil die Rechtskraft erlangt hat.“[2]

Die verschiedenen Grundrichtungen treten besonders kontrastirend im Prozeß hervor. Der Aufbau des römischen Prozesses ruhte auf dem Gedanken eines *Prozeßvertrags* — judicio contrahitur.[3] — Man sah ihn in der Litiskontestation, ursprünglich der beiderseitigen Annahme des Geschworenenrichters, welchen der Prätor auf Grund der Parteiverhandlung bestellt hatte. Deshalb erschien den Römern in alter Zeit ein Prozeß unmöglich, wenn sich nicht beide Theile vor dem Magistrat zusammenfanden, um den Prozeßvertrag zu schließen. Ließ sich der Beklagte nicht ein, so trafen ihn die schwersten Nachtheile, ein Prozeß aber wurde gegen ihn nicht geführt. Diese Vorstellungen beherrschen den Prozeß nicht mehr. Nach jetzigem Recht urtheilt die Obrigkeit über eingeklagte Ansprüche nicht erst in Folge der Unterwerfung der Parteien, sondern *kraft ihrer Amtsgewalt*, und die durch den Prozeß bedingten Umbildungen des eingeklagten Rechtes treten von Rechtswegen ein, sie gelten nicht als Folge der Parteivereinbarung.

Ihren Grundtendenzen entsprechend führten endlich die Römer die obligatorischen Verpflichtungen sämmtlich auf *Kontrakt* und *Delikt* zurück, also auf die eigenen Handlungen des Schuldners. Verbindlichkeiten, welche aus anderen Gründen entstanden, schlossen sich als Obligationen quasi ex contractu und quasi ex delicto jenen beiden Hauptarten an, gleich als wäre auch ihr Grund eine Handlung des Schuldners.[4] In gleicher Weise erklärte man in Rom von Rechtswegen entstehende Pfandrechte durch die Fiktion eines stillschweigenden Pfandvertrages — tacita conventio — zwischen dem Eigenthümer der Pfandsache und dem Gläubiger.[5] Die moderne Systematik läßt dies fallen. Sie stellt *gesetzliche* Obligationen und Pfandrechte den *vertragsmäßigen* als ebenbürtig zur Seite.

---

2) Kipp, die Verurtheilung zur Abgabe von Willenserklärungen 1892.

3) l. 3 § 11 D. de peculio 15, 1. Das Nähere unten §§ 153 ff.

4) § 3 J. de oblig. 3, 13. Gaj. Inst. III §§ 88, 89.

5) Vgl. Tit. Dig. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur 20, 2.

§ 81. Succession. Abgeleiteter Erwerb.

1. Die Rechtssubjekte wechseln, vergehen, die Güter bleiben. Es gilt dies vor allem von den Grundstücken, welche dem Nutzen ungezählter Generationen bestimmt sind. Wo heute der eine schaltet, werden morgen andere herrschen.

Es findet also Succession statt. Dieselbe kann eine unverbundene — originäre — oder eine abgeleitete — derivative — sein.

a) Unverbunden ist die Succession, wenn das Recht des Nachfolgers durch sich besteht, ohne seine Kraft dem Rechte des Vorgängers zu entnehmen. Ein Hauptfall ist die Ersitzung. Der Ersitzende erwirbt Eigenthum, das bisher einem anderen zustand, in Folge des fortgesetzten Besitzes und guten Glaubens originär. Er stützt sein Recht nicht auf dasjenige seines Vorgängers.[1] [2]

b) Die Succession bildet abgeleiteten Erwerb, wenn das Recht des Nachfolgers seine Existenzbedingungen dem Rechte seines Vorgängers — seines „Autors" — entnimmt.[3] Es sind dann auch die Schranken des Rechtes des Vorgängers die Schranken des Rechtes des Nachfolgers.[4]

---

1) Brinz Bd. 1 S. 244, 563, 595 vermeint: „der Usukapient erwerbe derivativ, nicht originär, vorhandenes, nicht werdendes Eigenthum". Dies erweise sich daraus, daß er dominium tale erwerbe quale fuit, mit Servituten und Pfandrechten. Auch dies hat Anklang gefunden, vgl. Regelsberger Bd. 1 § 119 Anm. 5 und dort Angef. Wenn aber A. sein Grundstück derelinquirt und B. dasselbe später okkupirt, so unterliegt dieser gleichfalls der Servituten- und Pfandbelastung des Grundstücks. Sollte also auch die Okkupation derivativ sein? Derivativ ist der Erwerb, welcher von dem Rechte eines bestimmten Autors abhängig ist, so daß der Erwerber zum Nachweise seines Eigenthums außer seinem Erwerbstitel das Eigenthum des Autors darzuthun hat. In diesem Sinne aber ist die Ersitzung sicherlich nicht derivativ. Vgl. Windscheid Bd. 1 § 64 Anm. 6 a. E., aber auch Gierke, Deutsch. Privatr. Bd. 1 S. 279 Anm. 2.

2) Originär ist auch der Erwerb eines Rechtes, welches bisher nicht bestand, z. B. Okkupation einer herrenlosen Sache. Hier, wo wir nur von Successionen handeln, ist darauf nicht weiter einzugehen.

3) l. 20 pr. D. de a. r. d. 41, 1. Ulpianus libro 29 ad Sabinum. Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit. si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert, si non habuit, ad eum, qui accipit, nihil transfert.

4) Hat also der Tradent einer Sache nur Eigenthum an ihr unter einer auflösenden Bedingung, so ist auch das Recht des Rechtsnachfolgers von deren Nichteintritt abhängig. Dagegen ist es zwar richtig, daß Servituten, welche der Autor an seiner Sache bewilligt hat, auch seinen Successor belasten, und daß Servituten, die er der Sache erwarb, auch seinem Successor zu Gute kommen. Aber mit Unrecht führt dies Ulpian in der l. 20 § 1 D. de a. r. d. 41, 1 auf den derivativen Charakter der Tradition zurück, indem er, wie bei den römischen Juristen öfter vorkommt, zwar die Erscheinung richtig charakterisirt, nicht aber deren Gründe. Denn der Grund der Erhaltung der Servituten liegt darin, daß sie unmittelbar an der Sache bestehen und um deswillen von jedem Eigenthumswechsel unberührt bleiben, also auch bei etwaigem originären Erwerb fortbestehen, vgl. oben Anm. 1. — Hat

2. Der abgeleitete Erwerb iſt verſchiedener Art. Der Rechtsnachfolger kann nämlich gerade dasjenige Recht erhalten, welches dem Vorgänger, von dem er daſſelbe ableitet, zuſteht, z. B. im Falle der Eigenthumsübertragung durch Tradition, ſ. g. translative Uebertragung. Dann gilt das Recht des Nachfolgers als identiſch mit demjenigen des Autors.[5]

Abgeleiteter Erwerb liegt nicht minder vor, wenn die Rechte ungleichartige ſind, wenn alſo zwar formell Neuſchöpfung eintritt, aber das neue Recht von dem Rechte des Beſtellers abhängig iſt, ſ. g. konſtitutive Uebertragung. So beiſpielsweiſe bei Einräumung eines Nießbrauches. Der Eigenthümer, welcher den Nießbrauch beſtellt, hatte ein derartiges Recht als beſonderes nicht. Das Nießbrauchsrecht wird alſo nicht übertragen, ſondern geſchaffen. Aber es entſteht nur, falls der Beſteller Eigenthümer war; daher liegt derivativer Erwerb vor.[6]

3. Die Succeſſionen ſind theils Folge von Begebenheiten unter Lebenden, theils des Todes des Berechtigten, welcher ihn zwingt, ſein Vermögen anderen Perſonen zu hinterlaſſen.

Die Rechtsnachfolge unter Lebenden bildet Singularſucceſſion; die hauptſächliche Succeſſion von Todeswegen — diejenige der Erben — iſt Univerſalſucceſſion.

a) Singularſucceſſion — Sondernachfolge — iſt Uebergang von Vermögensobjekten als Einzelheiten. Auch wer alle ſeine Vermögensobjekte unter Lebenden übertragen will, z. B. durch Schenkung ſeines geſammten Vermögens, muß dies durch Uebertragung aller einzelnen Beſtandtheile bewirken.[7]

---

der Autor bezüglich der übertragenen Sache perſönliche Verpflichtungen übernommen, ſo gehen dieſe auf den Rechtsnachfolger an ſich nicht über, denn ſie verpflichten nur die Perſon des Eigenthümers und ſeine Erben, afficiren aber die Sache nicht. Hierauf iſt ſpäter zurückzukommen. Vgl. l. 15 C. de rei vind. 3, 32; l. 6 C. de her. vel act. vend. 4, 39.

5) Die Römer ſagen, das Recht des Autors gehe auf den Succeſſor über: l. 15 § 2 D. de contr. empt. 18, 1 dominium meum transire, l. 55 D. de obl. et act. 44, 7 dominium transferunt, l. 177 pr. D. de R. J. 50, 17 in jus dominiumve alterius succedit, l. 20 pr. § 1 D. de a. r. d. 41, 1. Die Rechte ſind praktiſch identiſch; logiſch ſind ſie nur gleiche Größen. Die Auffaſſungen der Neueren ſind indeſſen verſchieden. Vgl. die guten Bemerkungen von Exner, Tradition S. 1 Anm. 2, ferner Schey über Rechtsverwandlungen in Grünhuts Zeitſchrift Bd. 8 S. 152; weitere Litteratur ſiehe bei Regelsberger Bd. 1 § 120.

6) l. 63 D. de usufructu 7, 1. Paulus libro singulari de jure singulari. Quod nostrum non est, transferemus ad alios; veluti is, qui fundum habet, quamquam usumfructum non habeat, tamen usumfructum cedere potest. Vgl. Bekker Bd. 1 S. 110. Hölder, Pand. S. 186 läßt den konſtitutiven abgeleiteten Erwerb nicht als „Succeſſion“ gelten, weil das Recht des Autors bei demſelben beſtehen bleibe. Weitere Litteratur hierüber ſiehe bei Regelsberger § 120 Anm. 5.

7) Vaticana fragmenta § 263, § 287.

b) Universalsuccession — allgemeine Rechtsnachfolge — ist Eintritt in die Vermögensstellung eines Verstorbenen; sie ist Nachfolge in das Gesammtvermögen mit allen seinen Beziehungen.[8 9] Der Successor erwirbt unmittelbar in und mit dem Gesammtvermögen die einzelnen zugehörigen Vermögensrechte, auch solche, von denen er nichts weiß, er wird von Rechtswegen Schuldner der zugehörigen Schulden, mag er sie kennen oder nicht. Die Formen, welche für die singuläre Uebertragung von Objekten erforderlich sind, z. B. die Tradition körperlicher Sachen, bestehen für die Universalsuccession nicht.

Mehrere können in denselben Nachlaß zu Bruchtheilen — Quoten — succediren. Auch sie sind Universalsuccessoren. Denn sie rücken, wenn auch nur zu Bruchtheilen, in die Vermögensstellung des Verstorbenen ein.

§ 82. Das Datum der Rechte.

Höchst wichtig ist die Frage nach dem Datum der Rechte.

Sie ist von besonderer Bedeutung bezüglich der dinglichen Rechte. Denn dingliche Rechte ordnen sich untereinander regelrecht nach der Zeitfolge; es geht in Kollisionsfällen das ältere dingliche Recht dem jüngeren vor.[1] Das Datum der Entstehung eines Rechtes fällt aber auch sonst in das Gewicht. Es kann entscheidend werden für die Frage seiner Gültigkeit und für zahlreiche rechtliche Beziehungen. Beispielsweise umfaßt ein Konkursverfahren nur das Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehörte;[2] die Einbeziehung eines

8) Ueber die Universalsuccession vgl. Hasse im Archiv für civ. Praxis Bd. 3 S. 18 ff.; Savigny Bd. 3 S. 12 ff.; Birkmeyer, Vermögen S. 29 ff.

9) Die Universalsuccession ist da Bedürfniß, wo das Vermögenssubjekt weggefallen ist, an welches sich die vermögensrechtlichen Beziehungen bisher knüpften. Nach römischem Rechte bildet den Hauptfall die Succession in den Nachlaß eines Verstorbenen; im heutigen Recht ist dies der einzige Fall. Solche Succession wird herbeigeführt durch unmittelbares Erbewerden, durch Restitution eines Universalfideikommisses, durch Kauf eines Nachlasses vom Fiskus l. 54 pr. D. de her. pet. 5. 3; l. 1 C. de her. vel actione vendita 4, 39; in Rom gab es noch andere Weisen, insbesondere die addictio bonorum libertatis causa Tit. Inst. de eo cui libertatis causa 3, 11. In die Güter eines Lebenden trat in Rom Universalsuccession ein, wenn er Sklave wurde, wenn er in die potestas durch arrogatio oder in die manus durch coemptio kam. Seine bisherige Persönlichkeit hörte dann ähnlich wie im Falle seines Todes auf; das Vermögen fiel an den Gewalthaber, mit Ausnahme jedoch der Schulden, die durch capitis deminutio untergegangen waren, Gaj. Inst. III § 83. Dem justinianischen Recht ist dies fremd. Das ältere römische Recht kannte endlich auch eine Universalsuccession im Konkursfall durch bonorum emtio. Der Schuldner hatte sich als unwillig oder unfähig gezeigt, den Verpflichtungen gerecht zu werden, die ihm als Vermögenssubjekt oblagen. So wurde ihm gleich einem Verstorbenen ein Universalsuccessor gegeben, Gaj. Inst. III § 77. Näheres über dieses Verhältniß Bd. 2 §§ 56, 62.

1) Vgl. oben § 42 S. 92.

2) R.K.O. § 1 Abs. 1.

Rechts in die Konkursmasse hängt daher davon ab, ob es bereits damals bestand, oder erst später entstand.

Knüpft sich ein Recht an eine *einzelne* Thatsache oder an einen Komplex von Thatsachen, welche sich *gleichzeitig* vollzogen haben, so ist die Frage seines Datums eine rechtlich unzweifelhafte. Höchstens kann der *Beweis* des Zeitpunktes in Frage kommen.

Rechtlich zweifelhaft wird das Datum eines Rechtes nur, wenn sein Thatbestand aus *verschiedenen* Thatsachen besteht, welche *zeitlich auseinanderfallen*. Es bedarf z. B. zum definitiven Erwerbe eines Vermächtnisses einer letztwilligen Verfügung, des Todes des Erblassers, des Antrittes der Erbschaft durch den Erben, der Nichtzurückweisung des Vermächtnisses durch den Legatar, Momente, welche sämmtlich zeitlich auseinanderfallen, so daß die Frage des Datums des Erwerbes höchst zweifelhaft werden kann.[3]

Man muß vor allem unterscheiden solche Thatsachen, welche die *Existenz* eines Rechtes bedingen, und diejenigen, von denen die *Geschäftswirkung* abhängig ist. Die Thatsachen der letzteren Art kommen für das *Datum* des Rechts nicht in Betracht. Wird z. B. heute ein Wechsel acceptirt, welcher erst nach 3 Monaten zahlbar ist, so ist der Wechselinhaber schon heute Wechselgläubiger, obgleich er der Regel nach sein Recht erst nach 3 Monaten äußerlich zur Wirksamkeit bringen kann.[4]

Die Logik scheint zu fordern, daß Rechte erst von dem Momente an datiren, in welchem sich sämmtliche ihre *Existenz bedingenden* Thatsachen vollzogen haben. Dies ist aber keineswegs der Fall. Vielmehr sind zu unterscheiden *rechtschaffende* — *konstitutive* und *rechtbestätigende* — *konfirmatorische* Thatsachen. Das Recht datirt mit der Vollziehung der konstitutiven Thatsachen, vorausgesetzt freilich, daß sich die konfirmatorischen später gleichfalls verwirklichen. In der Zwischenzeit ist das Recht in der Schwebe — in pendenti. Realisiren sich die konfirmatorischen Thatsachen, so tritt *Rückziehung* — *Retrotraktion* — ein, d. h. es ergiebt sich hinterher, daß das fragliche Recht von der Vollziehung der konstitutiven Thatsachen an bestanden hat.[5]

---

3) Vgl. Koeppen in Iherings Jahrbüchern Bd. 11 S. 144: „Theorie der successiven Entstehung der Rechtsgeschäfte". Bekker Bd. 2 S. 6.

4) Vgl. unten § 114.

5) Belehrend ist die Abhandlung von Fitting über den Begriff der Rückziehung, 1856. Fitting unterscheidet Rückziehung, d. h. Wirkung ex tunc, und Vorwirkung, d. h. Wirkung ex nunc. Vgl. Enneccerus, Rechtsgeschäft Bd. 1 S. 219.

Welche Thatsachen konstitutive und welche bloß konfirmatorische sind, läßt sich nicht nach allgemeinen Principien bestimmen, ist vielmehr bei den einzelnen Verhältnissen zu untersuchen. Es müssen so viele Thatsachen vorliegen, daß es dem Rechte als entsprechend gilt, das werdende Rechtsverhältniß bereits fest zu machen und es über das Stadium bloßer Erwartung hinauszuheben. Insbesondere datiren daher Rechtsgeschäfte häufig mit Abgabe der Willenserklärung der Betheiligten für den Fall, daß gewisse andere gesetzlich geforderte — condiciones juris[6] — oder auch willkürlich, durch die Betheiligten zur Bedingung gemachte Thatsachen sich später verwirklichen.

§ 83. Veränderung und Endigung der Rechte.

Die Rechte endigen, sie verändern sich.[1] Die Endigung beseitigt sie völlig. Im Fall einer Veränderung erhalten sie sich auf der Basis ihres Entstehungsgrundes und erleiden nur in einzelnen Eigenschaften und Wirkungen eine Umgestaltung.[2]

Die Gründe, aus denen Rechte endigen, sind nach deren Eigenart verschieden. Einige allgemeine Gesichtspunkte sind jedoch hervorzuheben.

Manche Rechte sind *in der Regel dauernd*, andere sind *ihrer Bestimmung nach vergänglich*. Für die Dauer geschaffen werden regelrecht Eigenthumsrechte, Grundgerechtigkeiten, Superficies und Emphyteusis.[3] Bestimmungsgemäß vergänglich ist der Nießbrauch, welcher an das Leben des Nießbrauchers gebunden ist, die Obligation, welche mit der Erfüllung endigt, und das Pfandrecht, welches mit der Obligation untergeht, die es versichert.

Im übrigen erlöschen die Rechte theils aus Naturgründen, weil das Gut, um das es sich handelt, untergeht, theils aus Rechtsgründen.

Unter den Rechtsgründen der Endigung und der Veränderung der

---

6) Eisele zur Lehre von den condiciones juris im Archiv für civ. Praxis Bd. 54 n. 4. l. 43 § 10 D. de aedilicio edicto 21, 1. Paulus libro 1 ad edictum aedilium curulium. Interdum etiamsi pura sit venditio propter juris condicionem in suspenso est.

1) Ueber die Veränderung der Rechte vgl. Windscheid Bd. 1 § 64. Mit ihr beschäftigt sich eingehend Schey über Rechtsverwandlungen in Grünhuts Zeitschrift Bd. 7 n. 15, Bd. 8 n. 3.

2) Die Obligation z. B. auf Lieferung eines bestimmten Pferdes verändert sich, wenn der Schuldner das Pferd doloserweise tödtet. Er schuldet nunmehr Geld. Aber die Obligation als solche ist die bisherige. Bürgen und Pfänder bleiben verhaftet.

3) Es können jedoch alle diese Rechte durch besondere Verfügung auch bloß auf Zeit begründet werden. Bei Superficies und Emphyteusis muß die Zeit über ein modicum tempus hinausgehen. l. 1 § 3 D. de superficiebus 43, 18.

Rechte hat die allgemeinste Bedeutung der Wille des Berechtigten. Derselbe kann verzichten und veräußern.

a) *Verzicht* — renuntiatio — ist jede *Willenserklärung zum Zweck der Aufhebung einer Befugniß des Erklärenden.*[4] Die Verzichtgeschäfte sind sehr verschiedener Art, z. B. Dereliktion einer Sache behufs Entschlagung des Eigenthums, Verzicht auf Forderungen, auf Pfandrechte, Erbverzichte.[5]

Ursprünglich ging das römische Recht von dem Grundsatze aus, die Rechte seien in derselben Form zu zerstören, in welcher sie begründet worden.[6] Es forderte daher zum Verzichte meist Vertrag, nicht selten Formalvertrag. Im Laufe der Entwickelung gewann jedoch der einseitige Verzicht mehr Raum. Er reicht bei Rechten aus, denen kein bestimmter Verpflichteter gegenübersteht, z. B. bei Dereliktion des Eigenthums.[7] Man erkannte ihn auch sonst aus Zweckmäßigkeitsgründen als wirksam an, z. B. beim Nießbrauch.[8]

Ausdrücklich braucht der Verzicht nicht zu sein, er kann auch aus Thun und Lassen gefolgert werden. Bloße Nichtausübung eines Rechtes, Unterlassen eines Widerspruches gegen eine Rechtsverletzung, kann in Verbindung mit anderen Momenten auf den Verzichtswillen schließen lassen;[9] an sich folgt er aber aus bloßer Passivität nicht.

Verzichten kann man wie auf gegenwärtige, so auch auf *künftige* Rechte. Unzulässig war nach römischem Rechte Erbverzicht, d. h. Verzicht auf den Nachlaß eines noch Lebenden,[10] das gemeine Recht — nicht minder B.G.B. § 2346 ff. — erkennt ihn aber an.[11]

Ein in der Praxis oft gehörtes Wort ist: Verzichte sind strikt zu

---

4) Ueber Verzicht vgl. Wächter, Pandekten Bd. 1 S. 335, Bekker Bd. 2 S. 230. Leopold Bacher, Revision des Verzichtbegriffes in Iherings Jahrbüchern Bd. 5 n. 5, Meißels in Grünhuts Zeitschrift Bd. 18 S. 665, Bd. 19 S. 1.

5) Was Verzicht *genannt wird*, ist in Wahrheit *Veräußerung*, wenn die Absicht nicht bloß auf Beendigung des eigenen Rechtes, sondern auch unmittelbar auf dessen Uebertragung geht. R.G. Bd. 3 S. 363, Regelsberger Bd. 1 S. 451.

6) l. 1 D. pro derelicto 41, 7. Ulpianus libro 12 ad edictum . . . isdem modis res desinunt esse nostrae, quibus adquiruntur.

7) Ueber l. 2 D. pro derelicto 41, 7 vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 538.

8) Vgl. l. 64, l. 65 pr. D. de usufructu 7, 1, unten § 254 Anm. 13.

9) l. 17 § 1 D. de usuris 22, 1. Wächter a. a. O. S. 338.

10) l. 3 C. de collat. 6, 20; l. 16 D. de suis et leg. her. 38, 16. Ueber das gemeine Recht vgl. Bd. 3 § 127.

11) Unzulässig ist auch der Vertrag ne dolus praestetur, d. h. man kann nicht im voraus dem anderen Theile, z. B. einem Mandatar, Indemnität für künftigen Dolus geben, siehe unten Bd. 2 § 36 Anm. 4. Dies würde den Uebervortheilungen Thür und Thor öffnen. Man kann auch nicht auf das Recht verzichten, von inskünftige erwachsenden Verjährungseinreden Gebrauch zu machen. Darin läge eine Antastung der Institution der Verjährung. S. unten § 145 Anm. 16.

interpretiren. Dies ist insofern richtig, als diejenigen Rechte bestehen bleiben, welche nicht unzweideutig durch den Verzicht beseitigt sind.[12] Daher stehen auch allgemeine Verzichtsklauseln nicht solchen Einwendungen und Anfechtungsgründen entgegen, die sich erst in Zukunft ergeben, und von denen es daher ungewiß ist, ob sie durch den Verzicht getroffen werden sollten.[13]

Der Verzicht kann entgeltlich oder unentgeltlich sein. Unentgeltlicher Verzicht ist keineswegs immer eine Liberalität. Er geschieht z. B. nicht selten, weil das Recht die Mühe seiner Geltendmachung nicht lohnt.

b) Veräußerung — alienatio — ist Uebertragung eines Rechtes durch eine Willenshandlung des Berechtigten auf einen andern.[14] [15]

Die Veräußerung fordert eine positive Handlung. Zulassung einer Ersitzung ist keine Veräußerung. Aber sie kann ihr gleichstehen, wenn sie behufs Umgehung eines Veräußerungsverbotes geschah.

Uebergang des Vermögens des Erblassers an seine Erben ist keine Veräußerung, eine etwaige testamentarische Erbeseinsetzung kein Veräußerungstitel. Denn der Erbe repräsentirt den Erblasser. Er ist ihm gegenüber kein Fremder.[16]

§ 84. Anerkennung und Genehmigung.

Kaum minder wichtig als die Begründung von Rechtszuständen ist ihre Bestätigung durch Anerkennung und Genehmigung.

1. Anerkennung ist eine Erklärung, welche Bestehen oder In-

---

12) l. 5 D. de transactionibus 2, 15. Papinianus libro 1 definitionum. Cum Aquiliana stipulatio interponitur, quae ex consensu redditur, lites, de quibus non est cogitatum, in suo statu retinentur, liberalitatem enim captiosam interpretatio prudentium fregit. Vgl. weiter l. 47 § 1 D. de pactis 2, 14, l. 3 § 1, l. 9 §§ 1 ff., l. 12 D. de transactionibus 2, 15, l. 31 C. de transact. 2, 4, l. 21 C. ad. S. C. Vellejanum 4, 29.

13) l. 67 § 3 D. de condictione indebiti 12, 6, Scaevola libro 5 Digestorum: Idem quaesiit, an pactum, quod in pariationibus adscribi solet in hunc modum „ex hoc contractu nullam inter se controversiam amplius esse" impediat repetitionem. respondit nihil proponi cur impediret. Vgl. l. 4 § 4 D. si quis cautionibus 2, 11. Aus der letzteren Stelle leitete die ältere Doktrin den Satz her, welcher sich auch in den Noten des Dionysius Gothofredus findet: generalis renuntiato non valet, nisi specialis aliqua praecedat. Dieser Satz war weder quellenmäßig noch rationell.

14) Vgl. Wächter, Pandekten Bd. 1 S. 332. Der Begriff der alienatio wurde von den Römern vorzugsweise mit Rücksicht auf die Veräußerungsverbote entwickelt. Vgl. unten § 217.

15) S. g. konstitutive Uebertragung — oben § 81 Anm. 6 — bildet gleichfalls eine Veräußerung, z. B. die Bestellung eines Nießbrauchs oder Pfandrechtes.

16) Siehe unten Bd. 3 § 55. Vermächtnisse begründen Veräußerungen.

halt eines Rechtsverhältnisses feststellt.[1] Das rechtsgültig Anerkannte gilt dem Anerkennenden gegenüber so, wie es die Anerkennung deklarirt hat. Es kommt nicht mehr in Frage, ob es mit der Wirklichkeit übereinstimmt. Die Anerkennung entspricht daher auf dem Gebiete des Rechtes im subjektiven Sinne der authentischen Interpretation im Gebiete des objektiven Rechtes.[2]

Die Anerkennung ist ein Verfügungsakt. Der Anerkennende will, daß seine Anerkennung nunmehr die Grundlage für die bezüglichen Rechtsverhältnisse sei. Diese s. g. echte Anerkennung ist scharf zu unterscheiden von der s. g. unechten, d. h. dem Zugeständniß von Thatsachen, welches nur als Beweismittel zu verwerthen ist und durch Gegenbeweis der Unrichtigkeit des Zugestandenen entkräftet werden kann. Nur von der echten Anerkennung ist hier zu sprechen.

Die Römer behandelten die Anerkennung nur in einzelnen Fällen als bindenden Verfügungsakt. Im gemeinen Rechte geschieht dies in umfassenderer Weise.

a) Die Anerkennung spielt eine große Rolle im Prozeß. Es gehörte dahin die römische confessio in jure, d. h. die Anerkennung des eingeklagten Rechtes vor dem Magistrat. Der confessus stand dem Verurtheilten gleich.[3] In ähnlicher Weise ist nach der C.P.O. die im Prozesse bei der mündlichen Verhandlung seitens einer Partei abgegebene Anerkennung eines Anspruches oder Rechtsverhältnisses bindend. Dieselbe hat zwar nicht unmittelbar die Kraft eines Urtheils. Der Anerkennende ist aber auf Antrag der Anerkennung gemäß zu verurtheilen, ohne daß das zu Grunde liegende Sachverhältniß in Betracht kommt.[4]

b) Die außergerichtliche Anerkennung hat besondere Bedeutung im Gebiete des Obligationenrechtes. Der Anerkennungsvertrag wird als Verpflichtungsgrund betrachtet.[5] Es hat ferner die außergerichtliche An-

1) O. Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund 1855, 3. Auflage 1895. Dies Werk ist Grundlage der neueren Praxis geworden.

2) Vgl. oben § 37.

3) l. 1 D. de confessis 42, 2. Paulus libro 56 ad edictum: Confessus pro judicato est qui quodam modo sua sententia damnatur. Eine gründliche Untersuchung hat Demelius angestellt: die confessio im römischen Civilprozeß und das gerichtliche Geständniß der neuesten Prozeßgesetzgebung. Graz 1880. Demelius spricht der römischen confessio in jure den Charakter eines Anerkenntnisses ab. Näheres Eingehen auf die Frage ist hier nicht thunlich.

4) C.P.O. § 307. Die Anerkennung muß dem Inhalt der Klage entsprechen, unbedingt und unbeschränkt sein. Bei theilweiser Anerkennung der Klage ist ein Theilurtheil zu erlassen. Das Zugeständniß von Thatsachen behandelt C.P.O. § 288. Die C.P.O. fordert auch zum Widerruf des gerichtlichen Geständnisses von Thatsachen Nachweis seiner Unwahrheit und eines Irrthums bei der Abgabe. Vgl. hierüber mein Preuß. Pr.Recht Bd. 1 § 81 Anm. 10, Demelius a. a. O. S. 391.

5) Dies in Folge einer Praxis, welche vorzugsweise durch das in Anm. 1 citirte

erkennung dinglicher Rechte an seiner Sache durch den Eigenthümer bindende Kraft. Sie verpflichtet auch seine Rechtsnachfolger.[6] Bereits erworbenen dinglichen Rechten Dritter kann sie ohne deren Zustimmung freilich in der Regel nicht präjudiciren. Auch die Anerkennung von Testamenten ist wichtig. Im Familienrechte spielt insbesondere die Anerkennung der Vaterschaft eine Rolle.

Die Anerkennung ist wie andere Verfügungen anfechtbar wegen Irrthums und anderer Willensmängel. Sie setzt selbstverständlich persönliche Verfügungsfähigkeit voraus. Auch muß es sich um ein Rechtsverhältniß handeln, welches der Verfügung des Anerkennenden untersteht.[7]

2. Auch die *Genehmigung*[8] — ratihabitio — bezweckt Bestätigung von Vorhandenem.[9] Dies rückt sie der Anerkennung nahe. Aber der Standpunkt, von welchem die Genehmigung ausgeht, ist ein anderer.

Der Genehmigende unterstellt, daß das Geschäft, welches er ratihabirt, noch nicht vollständig rechtsbeständig ist. Er erklärt aber den Willen, daß es so gelten solle, wie wenn es von vornherein rechtsbeständig gewesen wäre. Der Genehmigende will also die *Rückziehung*

Werk von Bähr gefördert wurde. Näheres im Obligationenrechte unten Bd. 2 § 22 Anm. 9.

6) Vgl. Bekker Bd. 2 S. 246, 255. Insbesondere wird die Existenz und der Umfang von Reallasten oft durch Anerkennung festgestellt. Handelt es sich um gemeine Lasten, die gewisse Klassen von Personen oder von Grundstücken treffen, so kann der Legitimationspunkt Schwierigkeit machen. Die Universität M. beanspruchte das Recht, von jedem Hause zu L. jährlich ein Huhn und einen Hahn zu beziehen, und gründete dies auf ein Saalbuch der Universitätsvogtei vom Jahre 1668, wonach die damaligen Hausbewohner die Verpflichtung der fraglichen Abgabe anerkannt hätten. Es fragte sich, ob auch später zu L. erbaute Häuser die Abgabe schuldeten. Das Oberappellationsgericht zu Kassel erkannte dies an. Bähr, die Anerkennung § 50 Anm. 12, bezweifelt die Legitimation der damaligen Hausbesitzer, die später erbauten Häuser zu verpflichten. Der Sache nach hatte jedoch das O.A.G. Recht. Die Anerkennung stellte *zunächst* nur die Verbindlichkeit der damaligen Hausbesitzer und ihrer Successoren fest. Aber es war aus derselben weiter auf ein lokales *Gewohnheitsrecht* zu schließen, wonach alle Häuser der Gemeinde ohne Unterschied abgabepflichtig waren.

7) Daher kommen in Ehesachen und in Entmündigungssachen die Vorschriften über die Wirkung des gerichtlichen Anerkenntnisses nicht zur Anwendung, C.P.O. §§ 617, 670, 684, 686. Bezüglich der Anerkennung eines Kindes durch den angeblichen Vater vgl. R.G. Bd. 22 S. 224. Nicht zu berücksichtigen ist nach allgemeinen Grundsätzen die Anerkennung einer rechtlich verbotenen, unsittlichen, absolut unmöglichen Leistung.

8) Von der Genehmigung handelt L. Seuffert, die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte 1868, vgl. ferner Windscheid Bd. 1 § 74 Anm. 3, § 83 Anm. 10 und die dort angeführte Litteratur, Bekker Bd. 2 S. 219, Bertolini, la ratifica degli atti giuridici nel diritto privato romano, 2 Bde. Roma 1889 ff. und dort Angef.

9) Liegt in der *Erfüllung* eines Geschäfts dessen Genehmigung? Dies ist der Fall, wenn der Erfüllende die Mängel des Geschäfts kannte und zur Genehmigung legitimirt war. Ist *theilweise Erfüllung* Genehmigung des *ganzen Geschäfts*? Im Zweifel nur dann, wenn theilweise Genehmigung unzulässig wäre, weil das Geschäft nach seinen Zwecken nicht theilbar ist.

— Retrotraktion — der Genehmigung. Das Recht fügt sich diesem Willen, sofern er von demjenigen erklärt ist, welcher sachlich zu einer derartigen Verfügung legitimirt ist. Das Geschäft gilt als von Anfang an vorhanden.[10] Rechte Dritter werden aber durch die Rückziehung nicht berührt.[11 12] Hauptfälle, in welchen die Genehmigung in Frage kommt, sind folgende:

a) Das Rechtsgeschäft bedarf nach gesetzlicher Bestimmung der Genehmigung anderer Personen als der zunächst Betheiligten. So sind beispielsweise Veräußerungsgeschäfte von Vormündern zum Theil an die obervormundschaftliche Genehmigung gebunden.

b) Es ist ein Geschäft für uns durch unbevollmächtigte Stellvertreter — negotiorum gestores — abgeschlossen. Dann ist unsere Genehmigung erfordert, damit wir aus dem Geschäfte berechtigt und verpflichtet werden.[13]

c) Wir selbst haben ein Rechtsgeschäft zu einer Zeit abgeschlossen, in welcher wir dasselbe nicht gültig schließen konnten, z. B. in den Jahren der Minderjährigkeit, und genehmigen es später, nachdem wir die Fähigkeit zu seiner Eingehung erlangt haben.

In allen diesen Fällen wirkt die Genehmigung grundsätzlich zurück. Aber freilich kann der Grundsatz aus besonderen Gründen ausnahmsweise unanwendbar werden.[14]

§ 85. Privilegien.[1]

Die gesetzgebende Gewalt stellt gewöhnlich Regeln auf, nach welchen die Rechte durch entsprechende juristische Thatsachen entstehen.

---

10) Windscheid Bd. 1 § 74 Anm. 6. Das Princip hat Justinian in der l. 25 C. de donat. i. v. et u. 5, 16 anerkannt. Justinian entscheidet zunächst, daß die an sich nichtigen Schenkungen unter Ehegatten durch letztwillige Ratihabition seitens des Schenkers rückwärts hin Geltung erlangen, sofern nur bei größeren Schenkungen die Form der Insinuation beobachtet war. Darauf fährt er fort: sicut et alias ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt, nec in ceterum subtilem divisionem facti vel juris introduci posse. Dies Princip wendet Justinian in der l. 7 C. ad S. C. Macedonianum 4, 28 auf die väterliche Ratihabition eines durch sein Hauskind gegen das S. C. Macedonianum entnommenen Darlehns mit den Worten an „cum nostra novella lege et generaliter omnis ratihabitio prorsus trahitur et confirmat ea ab initio, quae subsecuta sunt".

11) In der l. 71 § 2 D. de sol. 46, 3 ist der durch die Ratihabition betroffene zahlende Schuldner kein Dritter, sondern der am ratihabirten Geschäfte Betheiligte, vgl. Zimmermann, stellvertretende negotiorum gestio S. 251 ff.

12) So auch B.G.B. § 184.

13) Vgl. unten § 119.

14) Es ist hierüber bei den einzelnen Fällen der Genehmigung zu sprechen, vgl. unten § 122.

Sie ruft aber auch direkt Rechte in das Leben. Dies geschieht durch Privilegien, d. h. Staatsakte, welche unmittelbar Rechte im subjektiven Sinne begründen.[2]

Die Gesetzesnorm hat den Vorzug des Gleichmaßes; das Privilegium ist im Stande, die Eigenthümlichkeit des besonderen Falles zu berücksichtigen. In früheren Jahrhunderten begünstigte man den Weg der Privilegien; die Neuzeit ist der Regelung durch allgemeine Normen geneigter. Beispielsweise erschuf man im Mittelalter städtische Verfassungen im Wege von Privilegien; jetzt erläßt man Städteordnungen für sämmtliche Städte des Staates oder einer Provinz. Lange Zeit hindurch erlangten Verleger und Schriftsteller Urheberrechte nur durch Privilegien; heutzutage sind sie durch Gesetze gesichert. Für die Begründung von Aktiengesellschaften bedurfte es früher eines Privilegiums; jetzt entstehen sie, wenn sie die Normativbestimmungen des Handelsgesetzbuches innehalten. Doch ist auch heute noch das Gebiet der Privilegien ein ausgedehntes. Beispiele sind: die Legitimation unehelicher Kinder durch Reskript des Regenten, Verleihung des Adels und anderer Auszeichnungen, Ertheilung von Eisenbahnconcessionen, von Expropriationsrechten. Die Privilegien könnnen öffentlichrechtlicher oder privater Natur sein. Theoretisch läßt sich ihr Gebiet nicht begrenzen.[3 4]

---

1) Die gemeinrechtliche Theorie der Privilegien beruht zum Theil auf Sätzen des römischen Reskriptenrechtes, zum größeren Theile aber auf den Bestimmungen des kanonischen Rechtes über Privilegien. Doch stehen viele dieser Bestimmungen mit der besonderen Verfassung der katholischen Kirche in engster Verbindung und sind auf das Privilegienrecht moderner Staaten nicht anwendbar. Eine gründliche Darstellung des Rechtes zur Privilegienertheilung nach kanonischem Rechte findet sich bei Hinschius, das Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten Bd. 3 S. 805 ff. Vgl. ferner Hufeland, Geist des römischen Rechtes 1814 I, S. 212 ff., Schlayer in Lindes Zeitschrift neue Folge Bd. 12 n. 2, Gerber, über Privilegienhoheit und Dispensationsgewalt im modernen Staate in seinen Abhandlungen n. XIII. Die Lehre der Privilegien als dem öffentlichen Rechte angehörig wird vom B.G.B. nicht berührt.

2) Gegen diese Definition erklärt sich Hinschius a. a. O. S. 806, allein sein Gegengrund, daß es Privilegien gebe, die nur einen negativen Inhalt hätten, z. B. Befreiung von Zehnten, ist nicht schlagend, denn auch derartige Befreiungen bilden Rechte im subjektiven Sinne. Man kann eine Befreiung von einer gemeinen Last durch Vertrag erlangen; hierdurch entsteht zweifelsohne ein subjektives Recht. Es hat keine andere Natur, wenn es einem Privilegium seine Entstehung verdankt.

3) Zahlreiche Arten von Privilegien zählt auf Bekker, Bd. 1 S. 87. — Der moderne Ausdruck Privilegium ist — wie das römische privilegium — doppelsinnig. Privilegien sind bald Sonderrechte für gewisse Klagen von Personen oder von Verhältnissen, z. B. Konkursprivilegien, Privilegien der Minderjährigen, bald Privilegien in dem engeren, hier gebrauchten Sinne.

4) Dispensationen begründen bald Privilegien, bald jura singularia. Von Dispensationen und Dispensationsrecht handelt Hinschius Kirchenrecht Bd. 3 S. 789. Eine Dispensation ist Aufhebung der Wirkung eines Gesetzes in Ausnahmefällen. Sie muß entweder vom Gesetzgeber ausgehen oder von Personen, welchen das Dispensationsrecht gesetzlich delegirt ist. Die Dispensation, ihrer Form nach negativ, ist

Man unterscheidet affirmative Privilegien, welche eine positive Befugniß, und negative, welche eine Befreiung, z. B. von Zehnten, Steuern, gewähren, dauernde und vorübergehende, d. h. auf Zeit oder unter einer auflösenden Bedingung verliehene. Die Privilegien sind ferner theils persönliche — personalia —, wenn sie einer Person, sei es vererblich oder unvererblich, zustehen, — theils sachliche — realia —, wenn sie sich an ein Objekt knüpfen, z. B. an ein Grundstück oder an eine Kirche.[5] Die Privilegien können auf Vertrag beruhen — conventionalia — oder ohne solchen ertheilt sein — pura. Sie enthalten entweder eine bloße Gunstbezeugung — gratiosa — oder sind gegen eine Gegenleistung ertheilt — onerosa. In der Regel gewähren sie eine Begünstigung — favorabilia; es kommen aber auch privilegia odiosa vor, welche eine Zurücksetzung dessen enthalten, gegen den sie sich richten.[6]

Die Privilegien sind *Akte der Gesetzgebung*. Grundsätzlich bedarf es daher auch der Form des Gesetzes. Durch Herkommen und Gesetz ist jedoch die Ertheilung der Privilegien oft erleichtert. Namentlich ist sie in den Staaten, in welchen die Landesvertretung Antheil an der Gesetzgebung hat, vielfach der *Krone* oder *Verwaltungsorganen* überlassen. Als gesetzgeberische Akte werden die Privilegien perfekt auch ohne daß der Privilegirte die Vergünstigung annimmt. Sie sind daher auch rechtsbeständig, wenn er stirbt, ehe er die Ertheilung erfährt. Der Nachweis der Verleihung durch den Staat wird durch unvordenkliche Verjährung ersetzt.

Aus dem Vertrage über Verleihung eines Privilegiums entspringt keine Klage auf die Ertheilung desselben. Denn der Richter kann die Ausübung eines gesetzgeberischen Aktes nicht erzwingen. Der Vertrag

---

doch auf Herbeiführung einer positiven Wirkung gerichtet. Sie begründet ein Privilegium, wenn es sich um einen Einzelfall handelt, z. B. bei der Dispensation eines Einzelnen von dem Ehehinderniß der Eheunmündigkeit; sie bildet jus singulare, wenn es sich um einen größeren Kreis von Fällen handelt, z. B. im Fall der Dispensation vom Aufgebot für Ehen von Militärpersonen bei Ausbruch eines Krieges.

5) Nicht selten unterscheidet man als besondere Klasse privilegia mixta. Nach Einigen sind dies Privilegien, welche den Mitgliedern einer Gemeinschaft als *solchen* zugetheilt sind — Hinschius a. a. O. S. 809 Anm. 6 — nach Anderen Privilegien, die gewissen Personen unter Voraussetzung eines Besitzes zustehen, z. B. den Standesherren unter Voraussetzung des Besitzes der Standesherrschaft — Kierulff S. 49 — derartige Privilegien sind persönliche. Dagegen sind dingliche die an eine Sache geknüpften Privilegien, welche durch eine bestimmte Qualifikation des Besitzers bedingt sind, z. B. durch Angehörigkeit zu einer bestimmten Konfession. Die s. g. privilegia mixta sind hiernach ihrem Grundwesen nach entweder den persönlichen oder dinglichen zuzutheilen.

6) Privilegia odiosa sind nur in den Formen der ordentlichen Gesetzgebung möglich. Sie sind selten. Beispiele geben die in Frankreich gegen die früher regierenden Dynastien erlassenen Verbannungsdekrete.

über die Ertheilung hat aber den Sinn, daß der Staat sich als *Fiskus* zur Schadloshaltung verpflichtet, wenn er als *Gesetzgeber* das Privilegium nicht ertheilt.[7]

Das Privilegium gilt im Zweifel als verliehen *unvorgreiflich älterer Rechte*, insbesondere früher ertheilter exklusiver Privilegien.[8] Daher geht von zwei kollidirenden Privilegien dieser Art das ältere vor, während beim Widerspruche von Gesetzen das jüngere den Vorzug hat.

Die Privilegien werden unter der Unterstellung ertheilt, daß die beim Nachsuchen vorgetragenen Thatsachen richtig und vollständig waren. *Unrichtigkeit* und *Unvollständigkeit* begründet die s. g. exceptio sub- et obreptionis.[9] Natürlich müssen aber die verschwiegenen oder falsch dargestellten Thatsachen für die Ertheilung des Privilegiums relevant gewesen sein. Hierüber kann nur der *Privilegienertheiler* befinden, nicht der Richter. Dem Privilegienertheiler allein steht es daher zu, das Privilegium, sei es im öffentlichen Interesse, sei es auf Antrag eines bei der Nichtgeltung Interessirten zu kassiren. Der Richter ist nur dann legitimirt, die Ungültigkeit des Privilegiums auszusprechen, wenn solche Thatsachen erschlichen sind, welche *gesetzlich* die Voraussetzung für die Ertheilung des Privilegiums bilden.[10]

Wenn man von Endigung der Privilegien spricht, so meint man damit Endigung der durch das Privilegium begründeten *Befugniß*.

Dieselbe endigt durch *Verzicht*, sofern nicht das öffentliche Interesse fordert, daß von dem einmal ertheilten Privilegium Gebrauch gemacht wird.[11] Desgleichen endigt sie durch *Verjährung* nach denselben Grundsätzen, wie auf andere Weise begründete Rechte derselben Kategorie.[12]

Das Privilegium kann durch die Staatsgewalt aufgehoben werden. Ohne Entschädigung ist dies zulässig wegen *Mißbrauches*,[13] sowie bei Privilegien, welche auf Widerruf ertheilt waren.[14]

---

7) Die Frage ist bestritten. Vgl. Seuff. A. Bd. 19 n. 213.

8) Hinschius S. 820 Anm. 4. Es ist dies eine Auslegungsregel.

9) Man wendet die Grundsätze der römischen Reskripte an, gegen welche eine praescriptio mendaciorum zulässig war, l. 2–5 C. si contra jus 1, 22.

10) Auch diese Frage ist bestritten. Vgl. die Entscheidungen in Seufferts Archiv Bd. 8 n. 108, Bd. 13 n. 4. Gegen die Zuständigkeit des Richters, über die Erschleichung zu urtheilen, erklärt sich Schlayer a. a. O. S. 88.

11) Hinschius a. a. O. S. 820.

12) Vgl. l. 1 D. de nundinis 50, 11, cap. 6. 15 X de privilegiis 5, 33. Fritz in Lindes Zeitschrift Bd. 4 n. 6. Hinschius a. a. O. S. 823.

13) cap. 24 X de privilegiis 5, 33: privilegium meretur amittere qui permissa sibi abutitur potestate. Die ältere Praxis nahm hiernach an, daß der *Richter* befugt sei, die Ungültigkeit eines Privilegiums wegen Mißbrauches auszusprechen. Aus jener Stelle läßt sich dies nicht begründen. Sie spricht nur aus, wie der Gesetzgeber zu verfahren habe. Die neuere gemeinrechtliche Doktrin erachtet

Zweites Kapitel.

Rechtlich wichtige Momente der Thatbestände.

I. Unrecht. Irrthum.

§ 86. Objektives und subjektives Unrecht. Verschulden.

Thun, Lassen und Haben der Menschen, welches dem Rechte widerstreitet, ist Unrecht. In solchen Widerspruch kann man ohne Schuld gerathen, dann ist man in objektivem Unrecht; verletzt man das Recht schuldhafterweise, so begeht man ein subjektives Unrecht.[1]

Aufgabe der Rechtsordnung ist die Ueberwindung des Unrechtes. Es gilt dies für das objektive wie für das subjektive Unrecht. Der Eigenthümer kann beispielsweise Herausgabe seiner Sache fordern, ohne Unterschied, ob der Besitzer sich entschuldbarerweise für den Eigenthümer hält, oder ob er wissentlich die fremde Sache zurückhält. Aber in Bezug auf das Maß des Ersatzes für Schaden wird im entwickelten Rechte verschieden behandelt, wer mit und wer ohne Schuld fremde Rechte verletzt.[2]

Verschulden ist rechtsverletzender Willensfehler.[3] Derselbe besteht entweder in böswilliger Rechtsverletzung — dolus malus — oder in Verschulden im engeren Sinne — culpa —, d. h. Vernachlässigung pflichtmäßiger Sorgfalt, Versäumniß der gehörigen Anspannung der Geisteskraft.

---

daher den Richter nicht für legitimirt, auf Aufhebung des Privilegiums wegen Mißbrauches zu erkennen.

14) Es ist eine, nach den Grundsätzen des modernen Staatsrechtes zu beurtheilende Frage, ob eine Entschädigungspflicht begründet ist, wenn Privilegien aus Gründen anderer Art aufgehoben werden.

1) Bereits Hegel hebt das „unbefangene" Unrecht hervor. Ihering, das Schuldmoment im römischen Privatrecht 1867 S. 5 ff., unterscheidet „objektives" und „subjektives" Unrecht. Viele freilich wollen von objektivem Unrecht nichts wissen. So namentlich Merkel, kriminalistische Abhandlungen 1867 S. 43, Binding, Normen Bd. 1 S. 135 ff., Brinz Bd. 2 S. 157 Anm. 35, vgl. aber Thon, Rechtsnorm S. 70 ff., Regelsberger Bd. 1 § 178 Anm. 8.

2) l. 40 D. de her. pet. 5, 3. — B.G.B. § 990. — Das ältere römische Recht kannte eine derartige Unterscheidung nicht. Es reagirte gegen das Unrecht in gleicher Weise, mochte der Beklagte in Schuld sein oder nicht. Dies führt näher Ihering a. a. O. aus.

3) Die Grundlagen der römischen Lehre des Verschulden haben festgestellt Löhr, Theorie der Culpa 1806 und Beiträge zur Lehre von der Culpa 1808, sowie J. Chr. Hasse, die Culpa des römischen Rechts 1815, 2. Auflage 1838. Eingehende Untersuchungen finden sich ferner bei Binding, Normen Bd. 2 S. 267 ff. und bei Pernice, Labeo, dessen 2. Band sich vorzugsweise mit den hier einschlägigen Fragen beschäftigt. Vgl. auch Thon, Rechtsnorm S. 78. Wir stellen hier nur die allgemeinsten Grundsätze der Lehre der culpa dar, das Weitere behalten wir dem Obligationenrechte vor. — Ueber das B.G.B. vgl. Dernburg, bürg. Recht Bd. 2 § 63 ff.

Dolus hat eine engere und eine weitere Bedeutung. Im engeren Sinne ist er Betrug, d. h. Rechtsverletzung durch arglistige Täuschung, im weiteren jede bösliche Rechtsverletzung, geschehe sie durch Täuschung oder durch widerrechtliche Handlungen anderer Art.[4]

Das Verschulden — culpa — hat zwei Grade:

1. Grobes Verschulden — culpa lata — ist rechtsverletzende Nichtbeachtung dessen, was Jedem einleuchten mußte, also totale Gleichgültigkeit gegen seine Pflichten. Bewußte Verletzung fremder Rechte, welche nicht in Bosheit, sondern in Willensschwäche ihren Grund hat, wird von den Römern noch zur culpa lata gezählt.[5] Der römische dolus ist also enger als der Begriff der „absichtlichen Verletzung", des „rechtswidrigen Vorsatzes";[6] die neuere Systematik dagegen unterscheidet nur Vorsatz und Fahrlässigkeit.[7]

Die culpa lata wird in der Regel dem dolus gleich gehalten.[8] Wer also, wie z. B. der Depositar, grundsätzlich nur für Dolus haftet, wird auch verantwortlich, wenn ihm culpa lata zur Last fällt.

---

4) l. 1 § 2 D. de dolo malo 4, 3. Ulpianus libro 11 ad edictum. Dolum malum Servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari . . . itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est. Labeos Definition ist umfassender als die von Servius Sulpicius. Nicht bloß Täuschung, sondern jede arglistige Veranstaltung — machinatio — zur Benachtheiligung — ad circumveniendum — eines Anderen ist eingeschlossen, vgl. Pernice, Labeo Bd. 2, 2. A. S. 493.

5) l. 213 § 2 D. de V. S. 50, 16. Ulpianus libro 1 regularum. „Lata culpa" est nimia neglegentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt. l. 223 pr. D. eod. Paulus libro 2 sententiarum. Latae culpae finis est non intellegere id quod omnes intellegunt. Non intellegere heißt nicht bloß den schädlichen Erfolg „nicht kennen", sondern auch seiner „nicht achten", nicht darüber nachdenken. Man wirft z. B. beim Rauchen halb träumend den brennenden Fidibus auf eine kostbare Decke, in welche er einbrennt. Vgl. Pernice a. a. O. Bd. 2, 1. A. S. 423 und F. Mommsen, Erörterungen aus dem Obl.Recht Heft 2 S. 196 ff.

6) l. 7 pr. D. depositi 16, 3. l. 8 § 10 D. mandati 17, 1, l. 7 § 7 D. de dolo malo 4. 3. Unzulässig ist der Schluß von Binding, Normen, Bd. 2 S. 338 ff., daß culpa lata stets rechtswidrigen Vorsatz erfordere, nie Fahrlässigkeit sei. Woher sollte hiernach der Name culpa stammen, und wie sollte es kommen, daß sich Ulpian und Paulus in ihrer Definition so gründlich täuschten? Vgl. Pernice a. a. O.

7) So auch B.G.B. — Das B.G.B. definirt grobe Fahrlässigkeit nicht. Die Begriffsbestimmung der l. 213 § 2 D. de V. S. 50, 16 ist vorausgesetzt.

8) So Nerva nach der l. 32 D. depositi 16, 3 und Gajus l. 1 § 5 D. de obl. et act. 44, 7. Der Satz wurde ein Lieblingsaxiom von Ulpian: er wendet ihn in folgenden Stellen an: l. 11 § 11 D. de interrog. 11, 1, l. 1 § 1 D. si mensor 11, 6, l. 29 pr. D. mandati 17, 1, l. 7 § 1 D. de suspectis tutoribus 26, 10. l. 8 § 3 D. de precario 43, 26. l. 1 § 2 D. si is qui testamento 47, 4. Ob die Gleichstellung auch bei nichtkontraktlicher Verschuldung einzutreten hat, ist bestritten. Hierüber s. unten Bd. 2 § 36. Das B.G.B. kennt die Gleichstellung von dolus und culpa lata nicht.

2. Leichtes Verschulden — culpa levis — ist rechtsverletzende Nichtbeachtung dessen, was ein sorgfältiger Mensch — diligens pater familias — unter gleichen Umständen beobachtet hätte.[9]

Der Maßstab für die Bemessung der culpa levis ist ein abstrakter. Man fragt, hätte in gleicher Lage ein praktischer, den Lebensverhältnissen gewachsener Mensch die Verletzung voraussehen können und hätte er sie abgewendet? Auf die Beschaffenheit der Person, um die es sich gerade handelt, kommt es nicht an. Sie kann sich daher nicht auf ihre Beschränktheit, ihre etwaigen üblen Gewohnheiten berufen. Man kann aber auch nichts Außerordentliches von ihr fordern, wenn sie, ungewöhnlich begabt, doch im gegebenen Falle nicht mehr leistete, als Andere. Wer jedoch Dinge in Angriff nimmt, welche besondere Sachkenntniß fordern, z. B. eine ärztliche Behandlung, haftet für Kunstfehler.[10] Denn ein sorgfältiger Mensch übernimmt nur, was er versteht und kann. Dies gilt natürlich nicht, falls man in Nothfällen nothdürftige Hülfe brachte.

Verschulden kann im Thun — in faciendo — oder im Unterlassen — in non faciendo — bestehen.

Nicht unter allen Umständen ist man für leichtes Verschulden verantwortlich. Hauptfälle sind Kontrakte, die man in eigenem Interesse schloß, und außerkontraktliche Sachbeschädigungen gemäß der lex Aquilia.

Seit Hadrians Zeiten unterscheidet man als Nebenart leichten Verschuldens den Mangel an diligentia quam in suis rebus adhibere solet, oder, wie die neueren Schriftsteller sagen, die culpa in concreto.[11] Hier wird maßgebend, wie sich der in Anspruch Genommene gewöhnlich in eigenen Dingen benimmt. Dies bezieht sich aber nur auf geringere Uebereilung oder Lässigkeit; grobes Verschulden findet keine Entschuldigung. Auch handelt es sich bloß um eine Herabstimmung der gewöhnlichen Anforderungen, nicht um eine Steige-

9) Schon Alfenus Varus in der l. 12 D. de periculo 18. 6 setzt die culpa in die Vernachlässigung der diligentia, quam debent homines frugi et diligentes praestare. Später wurde der „diligens pater familias“ sprüchwörtlich, l. 65 D. de usufr. 7, 1, l. 18 pr. D. commodati 13, 6. Pernice, Labeo Bd. 2, 1. A. S. 330 ff. Eine andere Begriffsbestimmung wählt B.G.B. § 276: „Fahrlässig ist, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt.“

10) Diesen Satz hat Celsus zur Geltung gebracht. l. 9 § 5 D. locati 19. 2. Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandam libro 8 digestorum scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex. inquit, conduxit. Vgl. l. 8 § 1 D. ad. leg. Aquiliam 9. 2. Pernice, Labeo Bd. 2, 1. A. S. 236.

11) Pernice, Labeo Bd. 2, 1. A. S. 360 ff., l. 72 D. pro socio 17, 2.

rung in Fällen, in denen man in eigenen Angelegenheiten Außergewöhnliches zu leisten pflegt.

In dieser geminderten Art ist nach römischen Recht verantwortlich der Vormund bei Mündelangelegenheiten, der Gemeinschafter und der Gesellschafter bei der Verwaltung gemeinsamer Geschäfte, der Ehemann bei Verwaltung der Dos und auch anderen Vermögens der Frau.[12]

Celsus betrachtete es als culpa lata, wenn man anvertraute fremde Dinge weniger sorgfältig behandelt, als man bei eigenen gewohnt ist. Dies war eine Sonderansicht, die keine Aufnahme bei den späteren römischen Juristen fand. Eine derartige Nachlässigkeit *kann* culpa lata sein, aber ebenso gut einen leichten Fehler bilden.[13]

§ 87. Unwissenheit und Irrthum.[1]

1. *Irrthum* — error — ist die *falsche Vorstellung vom Wirklichen*; *Unwissenheit* — ignorantia — ist *Nichtkenntniß* des Sachverhaltes. Unwissenheit und Irrthum haben die gleichen Folgen.[2] Die Quellen und die Jurisprudenz gebrauchen daher die beiden Ausdrücke wie Synonyma.

---

12) Das B.G.B. hat die Fälle zum Theil anders bestimmt.

13) Celsus libro 11 digestorum. l. 32 D. depositi 16, 3. Quod Nerva diceret latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: neq enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit. Vgl. l. 23 § 3 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1. Die Auffassungen über die l. 32 cit. sind sehr getheilt. Alle Versuche, sie mit dem übrigen Quellenmaterial in Uebereinstimmung zu bringen, sind gescheitert. Erklärungen älterer Schriftsteller, die nicht stichhaltig sind, referirt Hasse a. a. O. S. 199 Anm. 1. Hasse selbst erachtet als Meinung von Celsus, daß „culpa levis unter Umständen in gewissem Sinne dolus sein könne". Windscheid Bd. 1 § 101 meint, die Nachlässigkeit, welche der Nachlässige in eigenen Angelegenheiten zu vermeiden weiß, werde, wenn auch nicht „durchweg", rechtlich behandelt wie die Arglist. Binding, Normen Bd. 2 S. 355 unterstellt in der l. 32 *bewußte* Zurücksetzung der fremden Angelegenheiten. Wieder anders Regelsberger Bd. 1 § 179 Anm. 11. — Alle diese Versuche sind verfehlte. Celsus hat, wie er dies auch sonst oft thut, seine eigenen Wege eingeschlagen. Es ist dies um so weniger befremdlich, als zu seiner Zeit die Doktrin der culpa noch im Fluß, die Auffassung von diligentia quam in suis rebus als Unterart der culpa levis noch nicht allgemein anerkannt war. So im wesentlichen Pernice, Labeo Bd. 2, 1. A. S. 366. — In der justinianischen Kompilation ist die Entscheidung von Celsus auf Fälle zu beziehen, in welchen die ausschließliche Sorge für die eigenen Sachen *thatsächlich* grobe Schuld ist, z. B. es rettet jemand bei einem Brande seine eigenen Staatspapiere aus seinem Kassenschranke und läßt die danebenliegenden deponirten verbrennen, obgleich er sie mit demselben Griffe retten konnte.

1) Tit. Dig. de juris et facti ignorantia 22, 6. Cod. 1, 18. Mühlenbruch im Archiv für civ. Praxis Bd. 2 n. 35. Savigny Bd. 3 S. 111 ff. Beilage VIII S. 325 ff. Wächter, Pandekten § 32 Beilage Bd. 1 S. 354. Brinz Bd. 4 § 525 ff. Vgl. auch Petražycki, L. v. Einkommen Bd. 1 S. 332 ff.

2) Savigny Bd. 3 S. 326.

2. Nicht bei allen Verhältnissen ist Irrthum von rechtlicher Bedeutung. Häufig stellt das Gesetz seine Regeln der Art auf, daß das Wissen oder Nichtwissen der Betheiligten nicht in Betracht kommt. Beispielsweise ist ein Privattestament, welches vor 7 fähigen Zeugen zu errichten ist, nichtig, wenn einer der Zeugen unfähig ist. Dies ist auch dann der Fall, wenn der Erblasser entschuldbarer Weise die Unfähigkeit seiner Zeugen nicht kannte.

In vielen Verhältnissen ist der Irrthum von Bedeutung. Eine der wichtigsten juristischen Thatsachen ist z. B. der gute Glaube eines Nichtberechtigten. Seine Basis aber ist Irrthum. Irrthum ist ferner eine Grundlage der Rückforderung von Zahlungen vermeinter, aber nicht wirklich bestehender Schulden. Der Irrthum spielt auch bei der Frage der Rechtsbeständigkeit von Rechtsgeschäften eine große Rolle.

Auch in solchen Fällen wird nicht jeder Irrthum berücksichtigt.

3. Eine alte Rechtsregel besagte: Rechtsirrthum schadet, thatsächlicher Irrthum schadet nicht.[3]

Thatsächlicher Irrthum wird beachtet. Denn Irren ist menschlich. Der Umsichtigste kann in den Geschäften des Lebens nicht immer den Schein vom Wirklichen scheiden.[4] Wie leicht kann man sich z. B. darüber irren, ob jemand, der uns eine Sache zum Verkauf anbietet, deren Eigenthümer ist. Rechtsirrthum, d. h. Irrthum über das Recht im objektiven Sinne wird dagegen nicht beachtet.[5] Denn man nimmt an, daß jeder das Recht zu kennen hat, soweit es in seine Angelegenheiten einschlägt.

---

3) l. 9 pr. D. h. t. Paulus libro singulari de juris et facti ignorantia. Regula est juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.

4) l. 2 D. h. t. Neratius libro 5 membranarum . . . facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.

5) Irrthum über das Recht im objektiven Sinne ist insbesondere Irrthum über Gesetze, bei den Römern auch Irrthum über die Normen des prätorischen Ediktes l. 10 D. de bon. poss. 37, 1. Vgl. S. A. Schultze, Privatrecht und Prozeß § 30. Im heutigen Rechte macht es keinen Unterschied, ob es sich um Reichsgesetze oder um Landes- und andere Partikulargesetze handelt. Dagegen ist Irrthum über Gewohnheitsrechte und Observanzen, desgleichen über ausländische Gesetze dem Irrthum über Thatsachen gleich zu stellen, da nicht einmal der Richter solche Rechtsnormen zu kennen braucht, C.P.O. § 293. Bestreitbar ist, ob die unrichtige Subsumtion oder Nichtsubsumption eines Thatbestandes unter ein Gesetz Rechtsirrthum ist. Dieselbe kann auf verschiedenen Gründen beruhen, nämlich entweder auf einer irrthümlichen Auffassung des Thatbestandes und ist dann thatsächlicher Irrthum, oder auf einer falschen Auffassung des Inhaltes der Gesetze und ist dann Rechtsirrthum. Wächter a. a. O. S. 352 gegen Savigny S. 327, S. 338 ff. Vgl. auch Brinz Bd. 4 § 529. Verschieden vom Rechtsirrthum ist natürlich der Irrthum über Rechte im subjektiven Sinne. Er kann im Irrthum über Thatsachen seinen Grund haben, und ist dann thatsächlicher Irrthum, oder in Rechtsirrthum beruhen. Andere Auffassungen vertritt K. Adler, Iherings Jahrb. Bd. 33 n. 2.

In der Kaiserzeit legte man das Hauptgewicht auf die Entschuldbarkeit des Irrthums. Dies war mit der alten Rechtsregel in gewissem Maße vereinbar. Man ließ sie daher nicht fallen. Man bildete sie aber in beiden Gliedern nach dem neuen Gedanken thunlichst um.[6]

a) Es wurde allseitig anerkannt, daß thatsächlicher Irrthum nur dann nützt, wenn er entschuldbar ist. Dies galt im Interesse des Verkehrs und der guten Ordnung. Wäre doch sonst der Unaufmerksame und Nachlässige dem Aufmerksamen und Sorgfältigen gegenüber im Vortheil.[7]

b) Die Einfachheit des alten Rechtes ließ es seiner Zeit als unbedenklich erscheinen, Rechtsirrthum völlig zu ignoriren. Gegenüber der Verwicklung des Rechtes der Kaiserzeit konnte dies zu Härten führen.

Man verwies freilich auf die Möglichkeit, den Rath von Rechtsgelehrten einzuholen. Hieraus schloß dann Labeo, daß Rechtsirrthum zu verzeihen sei, wenn die Frage über den Gesichtskreis des Laien hinausgehe und Gelegenheit zur Einholung der Belehrung durch Rechtsgelehrte fehle. Das sind seltene Fälle.[8]

Man sah des weiteren den Soldaten, Ungebildeten und Frauen bei einigen Angelegenheiten Rechtsirrthum nach.[9] Papinian aber erklärte, daß Rechtsirrthum zwar zum Erwerb nicht ausreiche, daß er aber nicht schade, wenn es sich um Verlustabwendung handele.[10] Natürlich

---

6) Pernice, Labeo Bd. 2, 2. A. S. 493 hebt mit Recht hervor, daß es Ausgangspunkt der römischen Jurisprudenz war, Rechtsirrthum und Thatsachenirrthum verschieden zu behandeln. Aber er verkennt meines Ermessens, daß die Entwickelung in der Kaiserzeit darauf geht, die Entschuldbarkeit des Irrthums zum entscheidenden Kriterium zu machen.

7) l. 4 D. quod vi aut clam 43, 24. Venulejus libro 2 interdictorum ... non opinionem cujus et resupinam existimationem (prod) esse oporteat: ne melioris condicionis sint stulti quam periti, l. 6 D. de juris et facti ignorantia 22, 6.

8) l. 9 § 3 D. h. t. 22, 6.

9) Die bezüglichen Bestimmungen sind antiquirt. Vgl. über dieselben Hufeland, Geist des römischen Rechtes Bd. 1 S. 231 ff.: „Ueber die Wirkungen der Unkunde des Rechtes in Ansehung bestimmter Menschenklassen."

10) l. 7 D. h. t. Papinianus libro 19 quaestionum: Juris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet, l. 8 D. eod. Idem libro 1 definitionum: Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest: ceterum omnibus juris error in damnis amittendae rei suae non nocet. Also: thatsächlicher Irrthum soll in Bezug auf Verlust oder Erwerb nicht schaden — natürlich nur, wenn er entschuldbar ist; Rechtsirrthum soll bei Verlust nicht schaden, natürlich auch nur, wenn er entschuldbar ist. So Vangerow Bd. 1 § 83 V, welcher vielleicht um deswillen keinen Anklang fand, weil er den historischen Hinter-

schadet er nur dann nichts, wenn er entschuldbar ist. Dies hat Papinian nicht ausdrücklich gesagt. Es lag nicht in seiner Manier, Derartiges hervorzuheben. Es galt ihm, das alte starre Dogma abzuschwächen, welches die Berücksichtigung von Rechtsirrthum ausschloß. Davon konnte keine Rede sein, daß Papinian leichtsinnigem Rechtsirrthum die Bahn frei machen wollte. Leichtsinn und Gedankenlosigkeit entschuldigen ja nicht einmal faktischen Irrthum.

Hiernach ist das Ergebniß der Entwickelung folgendes: Nur entschuldbarer Irrthum wird berücksichtigt. Rechtsirrthum erscheint zwar an sich als unentschuldbar, kann aber entschuldbar sein und hindert dann den Verlust. Rechtsirrthum kann aber — ohne Rücksicht auf Entschuldbarkeit — die ordentliche Ersitzung und den Eigenthumserwerb des gutgläubigen Besitzers an den Früchten fremder Objekte nicht begründen, da dies Erwerbsfälle sind.[11]

II. Zeit.

§ 88. Civilkomputation und Naturalkomputation.[1]

1. Gesetze, Erlasse von Behörden, Rechtsgeschäfte treffen häufig Zeitbestimmungen nach Jahren, Monaten, Wochen[2] oder Tagen. Selten wird

---

grund des Ausspruches Papinians nicht beachtete. Mit Papinians Distinktion stimmt l. 31 pr. D. de usurp. 41, 3. Paulus libro 32 ad Sabinum: numquam in usucapionibus juris error possessori prodest. Die Ersitzung ist der hauptsächliche Vortheil, an den Papinian denken mochte; ein anderer ist der Fruchterwerb. Savigny sieht in der l. 7 und l. 8 cit. einen „nicht gelungenen Versuch" zur Aufstellung eines allgemeinen Principes; doch habe dies nicht Papinian verschuldet, die Schuld treffe die Kompilatoren, welche Papinians Aeußerung in abgerissener Gestalt aufgenommen und unrichtigerweise verallgemeinert hätten. Aehnlich Wächter, Pandekten Bd. 1 § 72, Windscheid Bd. 2 § 79 Anm. 12. Diese Erklärung nimmt es zu leicht mit Papinians Ausspruch. Sie läßt offen, was Papinian aussprechen wollte, was angeblich verallgemeinert ist. Uebrigens ist anzunehmen, daß „amittendae rei suae" ein altes in den Text gerathenes Glossem ist. Diese Annahme ändert nichts am Sinne, befreit aber Papinian vom Vorwurf eines Schwulstes, welcher seiner Art fremd ist.

11) Nach heutigem Strafrechte gilt die Berufung auf Rechtsirrthum über Strafrechtssätze für ausgeschlossen. Dagegen kann der Irrthum über Civilrechtssätze geltend gemacht werden, um den Nachweis des mangelnden strafrechtlichen Dolus zu führen. Berner, Strafrecht § 125, RG. in Strafsachen Bd. 2 S. 268, Bd. 3 S. 184, S. 300, Bd. 4 S. 384 und Bd. 7 S. 65.

1) Savigny Bd. 4 S. 320 ff. Dort findet sich die ältere Litteratur. Siehe ferner Bachofen in Lindes Zeitschrift Bd. 18 n. 2 und 11, Hölder: die Theorie der Zeitrechnung nach römischem Recht 1873, Münchener Rektoratsrede von Brinz über die Zeit im Recht 1882, Bekker Bd. 2 S. 38; vgl. auch Bilfinger d. bürgerliche Tag im klassischen Alterthum und Mittelalter 1888 und hierüber Hölder krit. V.J.Sch. Bd. 33 S. 321. — B.G.B. §§ 186 ff.

2) Jahr, Monat, Woche nennt man das Kalenderjahr u. s. f., wenn sie von den im Kalender festgestellten Anfangstagen laufen, beweglich, wenn sie von anderen

besonders vorgesehen, wie bei der Berechnung dieser Zeiträume zu verfahren ist. Zur Aushülfe haben sich allgemeine Regeln gebildet, die sich an den Kalender und die Verkehrsgewohnheiten anschließen.[3]

a) Das Einfachste scheint zu sein, von dem Augenblicke an, in welchen das Anfangsereigniß fällt, zu zählen, bis die Zahl erfüllt ist. Diese Berechnung nennt man die natürliche — naturalis computatio — oder Zeitrechnung — a momento ad momentum.

b) Dem Rechte ist sie jedoch für die Regel fremd. Dasselbe berechnet vielmehr Zeiträume nach ganzen Tagen[4] — in dies — der Art, daß der Kalendertag von Mitternacht zu Mitternacht als ein Zeitpunkt gilt,[5] kleinere Zeittheile aber nicht berücksichtigt werden. Man nennt diese Berechnung die bürgerliche — computatio civilis.[6]

Die bürgerliche Berechnung scheint ungenau und unvollkommen. Sie ist dennoch wohlberechtigt. Denn der Augenblick, in welchem sich ein rechtlich erhebliches Ereigniß vollzieht, z. B. der Erwerb des Besitzes einer Sache, deren Ersitzung nach Jahren in Frage kommt, ist in der Folgezeit oft nicht mit Sicherheit zu ermitteln. Jedenfalls stünde die Mühe der Ermittelung nicht im Verhältnisse zum Resultat. Denn ob ein

---

Anfangszeiten zu rechnen sind. Der Kalendertag beginnt um 12 Uhr Nachts, der bewegliche Tag beträgt 24 Stunden von irgend einem anderen Ausgangspunkte an.

3) Der Kalender der europäischen Nationen ist der römische. Bis auf Julius Caesar hatte das officielle römische Jahr 355 Tage. Die Differenz mit dem Sonnenjahre suchte man durch Einfügung eines Schaltmonates von 27 Tagen zwischen Februar und März auszugleichen. Die Einschaltung geschah ein um das andere Jahr; den Februar verkürzte man im Schaltjahr bald auf 23, bald auf 24 Tage. Mommsen, römische Chronologie 2. Ausgabe S. 18 ff. Des Schaltmonats gedenkt noch Celsus in der l. 98 §§ 1, 2 D. de V. S. 50, 16. wo er ihn freilich auf 28 Tage setzt. Der Schaltmonat galt rechtlich als ein Zeitmoment. — Julius Caesar führte den noch jetzt geltenden Kalender ein, nach welchem das Jahr 365 Tage zählt und je im 4. Jahre ein Schalttag eingefügt wird. Es war aber ein Mangel des Julianischen Kalenders, daß er das Sonnenjahr gleich 365 Tagen und 6 Stunden annahm, während dasselbe in der That nur 365 Tage 5 Stunden 48′ 48″ zählt. Den Fehler verbesserte Papst Gregor XIII. im Jahre 1581. Damals wurden 10 Tage ausgemerzt, für die Folgezeit aber die Weglassung von je 3 Einschaltungen in je 400 Jahren angeordnet. Der Gregorianische Kalender erlangte nach und nach in den Staaten der christlichen Welt Anerkennung; Rußland und andere der griechischen Kirche angehörige Staaten halten aber an dem Julianischen Kalender — dem s. g. alten Stil — fest, welcher jetzt um 12 Tage hinter dem Gregorianischen zurück ist.

4) l. 8 D. de feriis 2, 12.

5) Die römische Stundeneintheilung schloß sich an Tag und Nacht an. Man zählte 12 Tagesstunden von Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang und 12 Nachtstunden von Sonnenuntergang bis Sonnenaufgang. Demgemäß fiel die Mitternacht mit der Vollendung der hora sexta noctis und der Mittag mit der Vollendung der hora sexta diei zusammen.

6) In den römischen Quellen wird die Naturalkomputation vorgeschrieben bei Berechnung der Minderjährigkeit, um dem Minderjährigen die Wohlthat der restitutio in integrum nicht zu verkürzen, l. 3 § 3 D. de minor. 4, 4. Diese Ausnahme besteht nicht mehr; vgl. unsere früheren Auflagen.

paar Stunden mehr oder weniger zu laufen haben, ist für das Allgemeine gleichgültig. Es genügt, daß die Berechnung gleichförmig und sicher ist.

2. Die natürliche Berechnung muß jedoch da eintreten, wo nicht ein Zeitraum, sondern ein Zeitpunkt in Frage steht.[7] Daher entscheidet der Moment über die Priorität der Geburt oder des Todes zweier Menschen. Das Gleiche gilt für die Frage der Priorität dinglicher Rechte. Pfandrechte z. B. an derselben Sache von demselben Tage, aber aus verschiedenen Stunden, ordnen sich untereinander nach der Folge der Stunden.[8]

§ 89. Die Civilkomputation im einzelnen.

Die Civilkomputation beruht auf Zweckmäßigkeit. Eine gewisse Willkür liegt aber in ihr. Es eröffnen sich zwei Wege, um sie durchzuführen, die an sich gleichwerthig sind. Man kann nämlich den Tag, in dessen Lauf das Anfangsereigniß fällt, mitzählen, oder man kann ihn fortlassen. Welchen Weg man einschlägt, ist Sache der Volkslaune und der Gewohnheit.

Da man die Basis des Realen verlassen hat, so knüpfen sich an die Ungenauigkeit, welche durch den Zweck gefordert wird, leicht andere, die an sich nicht nothwendig wären.

Die Civilkomputation als positive Rechtsbildung nahm in Rom eine andere Gestalt an, als den deutschen Verkehrsanschauungen und den deutschen Reichtsgesetzen entspricht.

I. Die Römer lösten die Zeiträume in Tage auf. Die Jahresfrist beträgt 365 Tage;[1] die Monatsfrist gilt gleich 30 Tagen.[2 3]

---

7) Ist für die Vornahme einer Handlung ein Zeitraum festgestellt so liegt eine Frist vor, ist für sie ein gewisser Zeitpunkt bestimmt, ein Termin.

8) Allerdings nimmt Marcian libro singulari ad formulam hypothecariam l. 16 § 8 D. de pignoribus 20. 1 gleiche Berechtigung der Pfandgläubiger an, „si eodem die pignus utrique datum est separatim". Allein, er unterstellt hierbei, daß nur der Tag, nicht die Stunde der Pfandbestellung erhellt. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 408.

1) l. 134 D. de V. S. 50, 16, l. 51 § 2 D. ad. leg. Aquiliam 9, 2. l. 4 § 5 D. de statuliberis 40, 7.

2) Es ergiebt sich dies indirekt daraus, daß die Ausdrücke 30, 60 Tage u. s. f. als identisch mit 1 oder 2 Monaten genommen werden. So l. 12 § 6. l. 30 § 5 D. ad leg. Juliam de adulter. 48, 5, ferner l. 22 §§ 2, 2a und l. 11 C. de jure deliberandi 6. 30. Auch die Frist von 2 Monaten, welche die l. 28 D. de aedil. edicto 21, 1 für die dort erwähnte Redhibition angiebt, ist von der Frist von 60 Tagen für die in l. 31 §§ 22, 23 behandelte Redhibition gewiß nicht verschieden.

3) Nicht übereinzustimmen scheint l. 101 D. de R. J. 50, 17. Paulus libro singulari de cognitionibus: Ubi lex duorum mensium fecit mentionem, et qui sexagesimo et primo die venerit, audiendus est: ita enim et imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit. Schrader, Abhandlungen n. 3 unterstellt hiernach,

Der Schalttag — bissextum —, d. h. nach römischem Kalender der im Schaltjahre eingeschobene 25. Februar erfährt eine besondere Behandlung.[4] Er gilt als ein Tag mit dem 24. Februar.[5] Bei nichtgesetzlichen, in Tagen angesetzten Fristen wird er jedoch als besonderer Tag gezählt.[6]

Die Römer zählten ferner als ersten den Tag, in welchen das Anfangsereigniß fällt. Hiernach vollendet sich eine Jahresfrist, deren Anfang dem 1. Januar — kalendis Januariis — angehört, mit dem 31. December — pridie kalendas Januarias.[7]

---

die Römer hätten die Monate als Bruchtheile des Jahres von 365 Tagen gerechnet, unter Abrechnung der Stunden, daher sei ein Monat = 30 Tagen, 2 Monate = 61 Tagen u. s. f. Dies ist bei der Studirlampe erfunden. — Huschke will durch Emendation helfen. Er verbessert primo in premo gleich postremo: dies ist willkürlich. Auch wurde die Berechnung der Monatsfristen, welche jedem Römer geläufig sein mußte, sicherlich nicht auf ein Reskript gegründet: postremo wäre endlich ein auffallender Pleonasmus. In Wirklichkeit sagt Paulus nicht, 2 Monate seien gleich 61 Tagen, sondern nur in einem Falle, in welchem das Gesetz von 2 Monaten spräche, solle auch noch der 61. Tag berücksichtigt werden. Der Ausspruch bezog sich wohl auf die Klausel der lex Julia de adulteriis, wonach Ehemann und Vater innerhalb 60 Tagen das Vorrecht der Anklage hatten, l. 15 § 2 D. ad legem Juliam de adulteriis 48, 5. Erhoben sie erst am 61. Tage die Anklage, so blieb ihnen nach dem Geiste der lex gleichwohl das Vorrecht, wenn auch ein Fremder an demselben Tage klagte, denn dies Vorrecht hatten sie stets, wenn sie der Vorwurf der Versäumniß nicht traf, l. 4 § 2 D. de adulteriis „et magis arbitror hoc quoque casu maritum audiendum. si non neglegentia praeventus est". Von solcher Versäumniß konnte nicht gut die Rede sein, wenn der Mann oder Vater noch am 61. Tage zur Anklage schritt.

4) Es besteht Streit darüber, ob der römische Schalttag der 25. Februar oder der 24. war. Das erstere hat Mommsen, römische Chronologie 2. Auflage S. 279 ff. und in Bekkers Jahrbuch Bd. 3 n. 14, das letztere Arndts ebendaselbst n. 10 vertheidigt. In der l. 98 D. de V. S. 50, 16 erklärt Celsus „sed posterior dies intercalatur". Daß er damit wegen der Rückzählung im römischen Kalender den „früheren" Tag, also den 24. verstand, ist eine sehr gekünstelte Annahme; der Kirchenkalender behandelte aber allerdings den 24. als Schalttag. Nach deutscher Auffassung 29. Februar? Dernburg, Preuß. Pr.R. Bd. 1 § 70, Bekker, Pand. Bd. 2 S. 35, Regelsberger Bd. 1 § 124 Anm. 6.

5) l. 3 § 3 D. de minor. 4, 4, l. 98 D. de V. S. 50, 16.

6) l. 2 D. de div. temp. praescr. 44, 3. Marcellus libro 6 digestorum. In tempore constituto judicatis an intercalaris dies proficere judicato nec ne debeat, quaeritur. item de tempore, quo lis perit: sic sine dubio existimandum est, ut auctum litis tempus intercalari die existimetur, veluti si de usucapione sit quaestio, quae tempore constituto expleri solet, aut de actionibus, quae certo tempore finiuntur, ut aediliciae pleraeque actiones. Et si quis fundum ea lege vendiderit, ut, nisi in diebus triginta pretium esset solutum, inemptus esset fundus, dies intercalaris proficiet emptori. (Scaevola notat, ins. Mommsen) mihi contra videtur. Problematisch ist, ob der Schlußsatz auch auf gesetzliche, nach Tagen bestimmte Fristen zu beziehen ist. Da die Nichtrechnung des Schalttages die Regel der Römer ist, so ist dies nicht anzunehmen. Nur bei Tagesfristen, die durch Vertrag oder obrigkeitliche Verfügung festgesetzt sind, ist also der Schalttag besonders zu zählen. Zu zählen ist aber der Schalttag bei der Bemessung der Schwangerschaftsperiode. Denn hier handelt es sich nicht um eine positive gesetzliche Frist, sondern um eine auf einen Naturvorgang gegründete Präsumption.

7) So auch Hölder, Zeitberechnung S. 24, Regelsberger Bd. 1 § 125. Dagegen

Ja man erachtete in der Kaiserzeit, wenn es sich um den Erwerb einer Fähigkeit oder eines Rechtes handelte, den Beginn des letzten Tages als genügend — dies coeptus pro completo habetur. Der am 1. Januar Geborene wurde beispielsweise bereits mit dem Beginne des 31. December, d. h. in der Mitternacht vom 30. auf den 31. testamentsmündig.[8] Die Verleitung zu solcher Abkürzung, bei der ein laxes Billigkeitsgefühl mitspielte, lag eben darin, daß die Civilkomputation etwas Künstliches ist, so daß einer gewissen Willkür Raum blieb.

Wo es sich um einen Rechtsverlust mit Ablauf der Zeit handelt,

---

legt Savigny Bd. 4 § 182 den Endpunkt auf den Ablauf des wiederkehrenden Kalendertages. Mit den Quellen ist dies unvereinbar. Nach l. 1 pr. D. de manum. 40, 1 ist der kalendis Januariis Geborene — nach 20 Jahren — befugt, „post sextam noctis", „pridie kalendas" zu manumittiren, also am 31. December und sicher nicht erst am 1. Januar. Desgleichen kann ein am 1. Januar Geborener gemäß l. 5 D. qui test. 28, 1 — nach 14 oder 12 Jahren — „pridie kalendarum" „post sextam horam noctis" ein Testament machen. Savigny S. 384 erklärt, er könne schon am 31. December vor Mitternacht Zeugen versammeln, das Erz, die Testamentsurkunde bereit halten, um sofort nach Mitternacht am Neujahrstage das Testament zu vollziehen. Diese Erklärung ist unzulässig. Auch l. 1 §§ 5, 6, 12 D. quando appellandum 49, 4 ergeben, daß die Römer bei der Civilkomputation den Tag des Anfangsereignisses voll einrechneten, so daß sie nie auf den wiederkehrenden Kalendertag kommen konnten.

8) Liegt in dieser Verkürzung eine Singularität einzelner Fälle, wie dies Bachofen a. a. O., Krüger, kritische Versuche S. 59 ff, annehmen, oder ein Grundsatz für jeden an einen Zeitablauf geknüpften Rechtserwerb, wie dies Savigny a. a. O. S. 364 vertheidigt? Vgl. auch Regelsberger Bd. 1 § 125 Anm. 8 und dort Angef. Die Römer sind in der That zu dem auffallenden Satze gelangt, daß ein Rechtserwerb innerhalb einer Jahresfrist, die am 1. Januar zu laufen beginnt, mit Ablauf des 30. December vollendet ist. Sie sehen hierin geradezu eine Eigenheit der Civilkomputation. In diesem Sinne äußert Paulus libro 2 ad legem Juliam et Papiam l. 134 D. de V. S. 50, 16, daß man anniculus sei ... trecentesimo sexagensimo quinto die incipiente plane non exacto die, quia annum civiliter non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus. Folgerecht beginnt die Testamentsmündigkeit des am 1. Januar geborenen pridie kalendarum post sextam horam noctis, l. 5 D. qui test. 28. 1, desgleichen die Manumissionsmündigkeit post sextam noctis pridie kalendas quasi annum vicesimum compleverit, also mit dem Beginn des 31. Decembers. In gleichem Sinne entscheidet Celsus libro 22 digestorum l. 49 D. de cond. et dem. 35, 1 bezüglich letztwilliger Zuwendungen: si in annos decem heres dare damnatus aut quis liber esse jussus est, novissimo ejus temporis die legatum debebitur et libertas optingit. Dasselbe gilt von der Ersitzung. Venulejus libro 5 interdictorum, l. 15 pr. D. de div. temp. praescr. 44, 3: in usucapione ita servatur, ut etiamsi minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilominus repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus. Weniger unzweideutig ist Ulpian libro 11 ad edictum l. 6 D. de usurp. 41, 3: In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus und in l. 7 D. eod. libro 27 ad Sabinum: Ideoque qui hora sexta diei kalendarum Januariarum possidere coepit, hora sexta noctis pridie kalendas Januarias implet usucapionem. Doch l. 6 betont nur das Princip der Civilkomputation, und l. 7 läßt die Auslegung zu, daß der Beginn des 31. Decembers genügt. Vgl. Karlowa, röm. Rechtsgesch. Bd. 2 S. 398. — In der Zeit der Republik kannte man diese Abschwächung noch nicht, vgl. Gellius noct. atticae III cap. 2.

tritt eine derartige Verkürzung nicht ein. Hierhin gehört die erlöschende Verjährung.[9]

II. Der heutige Verkehr berechnet Jahres-, Monats- und Wochenfristen *nach der Kalenderzeit* von Datum zu Datum. Es bedarf keiner Zählung der einzelnen Tage. Der Kalender präsentirt ohne weiteres den wiederkehrenden Tag. Denn derjenige Tag ist als der abschließende anzusehen, welcher durch seine *Benennung* oder *Zahl* dem Tage entspricht, in welchem das Anfangsereigniß geschah. Fehlt dieser Tag in dem letzten Monat, so fällt das Ende auf den letzten Tag dieses Monats.

Die Berechnung nach der Kalenderzeit wird von den Reichsgesetzen vorgeschrieben.[10] Da sie den Auffassungen des heutigen Verkehrs entspricht, so ist sie im Zweifel bei allen neueren Gesetzen,[11] sowie bei Rechtsgeschäften und bei obrigkeitlichen Verfügungen zur Anwendung zu bringen.

Der halbe Monat ist gleich 15 Tagen zu rechnen.[12]

Fristen, welche in Tagen angesetzt werden, sind nach heutigem Gebrauch *volle* und *freie*, d. h. der Tag des Anfangsereignisses ist *nicht* mitzurechnen.[13 14] Der Schalttag wird bei Tagesfristen, die durch Vertrag oder Verfügung von Behörden angesetzt sind, als besonderer Tag gezählt.[15]

An Sonntagen und allgemeinen Feiertagen sollen die Geschäfte ruhen.[16] Daher verlegen sich Termine auf den folgenden Werkeltag und Fristen schließen erst mit demselben.[17]

§ 90. Tempus continuum und utile.

I. Ist vom Gesetz oder auch durch Rechtsgeschäft für die Vornahme einer Handlung ein Zeitabschnitt festgestellt, so ist fast wichtiger als die

---

9) Paulus libro 4 ad Sabinum l. 6 D. de obl. et act. 44, 7. In omnibus temporalibus actionibus nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem l. 1 § 9 D. de successorio edicto 38, 9.

10) Vgl. B.G.B. § 188, W.O. Art. 32, Str.G.B. § 19 Abs. 1, C.P.O. § 222 Abs. 1.

11) Vgl. R.G. Bd. 7 S. 277, Bd. 11 S. 44 und Anm. des Einf.

12) B.G.B. § 189.

13) B.G.B. § 187, W.O. Art. 32.

14) Auch die *Jahresfristen* waren nach älterem deutschen Rechte *volle* in diesem Sinne. Um das zu markiren, sprach man ursprünglich von „Jahr und Tag", was später vielfach nicht verstanden wurde. Fockema-Andreae in der Savignyzeitschrift germ. Abth. Bd. 14 n. 2.

15) Vgl. oben Anm. 6.

16) l. 2. l. 3 C. de feriis 2, 12.

17) B.G.B. § 193.

Zahl der Jahre, Monate, Tage, die Frage, von wannen die Zählung beginnt und was sie hemmt.

Der Lauf beginnt meist dann, wenn die generellen objektiven Voraussetzungen der Vornahme der Handlung vorhanden und setzt sich fort, solange dieselben gegeben sind. Eine solche Berechnung ist eine ununterbrochene — continuum tempus. So ist es z. B. wenn eine Klageverjährung schlechthin von der Entstehung des Klagerechts an läuft oder eine Frist für eine Erbschaftsantretung unmittelbar von dem Tode des Erblassers an zu zählen ist.[1]

II. In gewissen Fällen vertagen nach römischem Recht die in der besonderen Sachlage begründeten Hindernisse der Vornahme der Handlung den Beginn oder auch den Lauf des Zeitabschnitts; dann ist die Berechnung der Zeit „utilis“.[2]

Behinderungsgründe solcher Art bildeten:

a) Unzugänglichkeit des Gerichts, bei welchem die Handlung zu geschehen hat.[3]

b) Umstände, welche den Berechtigten sowohl an der persönlichen Vornahme der Handlung, als auch an der Bestellung eines Vertreters hindern z. B. Gefangenschaft, schwere Krankheit.

c) Nichtauffindbarkeit dessen, dem gegenüber eine Erklärung z. B. eine außergerichtliche, abzugeben war.

d) Endlich auch entschuldbare Nichtkenntniß des Berechtigten davon, daß ihm eine bestimmte Zeit für die fragliche Handlung läuft.[4]

Diese Behinderungsgründe hemmen zuweilen nur den Beginn des Zeitabschnittes.[5] So ist es bei der utilen Berechnung der Verjährung der prätorischen sowie der ädilicischen Klagen.

---

1) Es kann jedoch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand eintreten. Solche giebt beispielsweise C.P.O. § 233 Abs. 1 dem, welcher durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle verhindert wurde, eine prozessualische Nothfrist zu wahren.

2) Ubbelohde, Berechnung des tempus der prätorischen Temporalklagen 1891.

3) l. 1 D. de div. temp. praescr. 44, 3.

4) Savigny behauptet Bd. 3 S. 403, Bd. 4 S. 433 ff., in der Regel werde Nichtkenntniß — abgesehen von der bonorum possessio — bei der utilen Berechnung nicht berücksichtigt. Hiergegen hat sich Windscheid Bd. 1 § 104 Anm. 7 mit Recht erklärt. Vgl. namentlich l. 55 D. de aedilicio edicto 21, 1. Papinianus libro 12 responsorum. Cum sex menses utiles, quibus experiundi potestas fuit, redhibitoriae actioni praestantur, non videbitur potestatem experiundi habuisse, qui vitium fugitivi latens ignoravit: non idcirco tamen dissolutam ignorationem emptoris excusari oportebit. Bezeichnend ist auch l. 8 D. de his qui not. infamia 3, 2 Ulpianus libro 6 ad edictum . . . cum tempus luctus continuum est, merito et ignoranti cedit ex die mariti. Dies unterstellt, daß beim tempus utile die Ausmerzung der Zeit der Nichtkenntniß das Normale ist.

5) Aeltere drücken dies so aus, es werde „utiliter ratione initii, continuo ratione cursus“ gerechnet.

Zuweilen stehen sie auch der Fortsetzung des Laufes des Zeitabschnittes entgegen. Insbesondere berechneten die Römer die Frist für die Agnoscirung einer bonorum possessio so, daß die einzelnen Tage, an welchen Hinderungsgründe für dieselbe bestanden, nicht mitgezählt wurden.[6]

Schon im gemeinen Rechte hat die utile Berechnung sehr an Bedeutung verloren,[7] im B.G.B. kommt sie nicht mehr vor.

Eine utile Berechnung hat zuweilen auch nach dem Wortlaut oder nach dem Sinn vertragsmäßiger Fristen einzutreten.[8]

Drittes Kapitel.

Die Rechtsgeschäfte.[1][2]

I. Begriff. Arten.

§ 91. Begriff des Rechtsgeschäftes.

1. Die menschliche Thätigkeit bewegt sich zum großen Theile im Abschlusse und in der Auflösung von Rechtsgeschäften. Einige dieser Geschäfte gehören dem täglichen Leben an, wie Kauf, Dienstmiethe, Sachen-

6) l. 2 pr. D. quis ordo 38, 15 Ulp. libro 49 ad edictum. Utile tempus est bonorum possessionum admittendarum: ita autem utile tempus est, ut singuli dies in eo utiles sint: scilicet ut per singulos dies et scierit et potuerit admittere. Die herrschende Ansicht generalisirt dies und behauptet, daß auch der Lauf einer Klageverjährung durch ein im Laufe der Verjährungszeit eintretendes Hinderniß gehemmt wird. Dagegen hat sich mit Recht Ubbelohde a. a. O. erklärt. Nun beruft man sich zwar für die Gegenansicht auf die Schlußworte der l. 1 D. de div. temp. praescr. cit. „proinde hi dies cedunt, quibus jus praetor reddit". In der That sind sie für dieselbe nicht beweisend; zutreffend bemerkt Eck — mündlich — daß regelmäßig gerade „dies cedit" Beginn der Zeit bezeichnet.

7) Schon im späteren römischen Rechte wurde der annus utilis der Restitutionsfrist in ein quadriennium continuum verwandelt; desgleichen die ältere utile Appellationsfrist in zehn fortlaufend zu berechnende Tage. Im gemeinen Rechte war der Erwerb der bonorum possessio nicht mehr an eine Frist gebunden. Es wurden auch sonst zahlreiche Institute, bei denen in Rom utile Fristen und Verjährungen vorkamen, nicht recipirt.

8) Beispielsweise enthalten die Versicherungsverträge meist die Klausel, daß die Ansprüche der Versicherten erlöschen, wenn sie nicht innerhalb bestimmter Frist geltend gemacht werden. Das R.O.H.G. Bd. 8 S. 408 interpretirte dies dahin, daß eine unverschuldete Versäumung der stipulirten Frist die Verwirkung des Anspruches des Versicherten nicht nach sich ziehen soll, so daß im einzelnen Falle untersucht werden müsse, ob verschuldete Versäumniß vorliege. Vgl. R.G. Bd. 19 S. 134.

1) Karlowa, das Rechtsgeschäft und seine Wirkung 1877, Bechmann, Kauf Bd. 2 S. 12, Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin 1889, Zitelmann, die Rechtsgeschäfte in den Beitr. zum Entwurf von Bekker u. Fischer n. 7 u. 8.

2) Die gemeinrechtliche Lehre der Rechtsgeschäfte bestimmt auch das Recht des B.G.B. § 116 ff.

miethe; andere sind zwar seltenere aber wichtigere Aktionen, wie die Testamentserrichtung, die Erbschaftsantretung; einen Lebensabschnitt bildet die Eheschließung, die Kindesannahme.

Jede der unzähligen Arten von Geschäften steht unter besonderen, ihrer Eigenart angepaßten Regeln. Aber wir ordnen sie sämmtlich dem einen allgemeinen Begriffe des Rechtsgeschäftes unter und entwickeln an demselben Rechtsgrundsätze, die allen Geschäften oder doch größeren Gruppen derselben zukommen. *Rechtsgeschäfte sind Willenserklärungen zur Ordnung der Rechtsverhältnisse des Erklärenden.*[3]

Der Begriff des Rechtsgeschäftes ist ein Erzeugniß der modernen Systematik.[4] In neuester Zeit haben sich einige gegen die innere Berechtigung des Begriffes erklärt.[5] Nur die einzelnen *Arten* der Geschäfte, wie sie im Leben vorkommen, seien in Betracht zu ziehen, *gemeinsame Sätze* dürfen *nicht* für sie aufgestellt werden, da sie unter einander von Grund aus verschieden seien. Dieser Widerspruch ist unberechtigt. Bei aller Verschiedenheit im einzelnen besteht eine tiefgehende Gemeinsamkeit. Denn das Rechtsgeschäft ist allgemein das Instrument der privatrechtlichen Selbstbestimmung. Daher sind auch den Rechtsgeschäften wichtige Grundsätze bezüglich der Handlungsfähigkeit, des Willens und seiner Erklärung, sowie der Anfechtung gemeinsam.

Das Rechtsgeschäft dient der *privatrechtlichen Selbstbestimmung*. Dies giebt dem Begriffe seine festen Grenzen.[6] Rechts-

3) Ueber verschiedene Definitionen vgl. Windscheid Bd. 1 § 69 Anm. 1, Brinz, Pandekten Bd. 4 S. 264.

4) Die Römer haben einen entsprechenden technischen Ausdruck nicht gehabt. Das Bedürfniß der Generalisirung trat aber auch in Rom hervor. Man verwerthete den Ausdruck negotium § 8 I. de inut. stip. 3, 19. Doch bezeichnet derselbe im weiteren Sinne auch eine Thätigkeit faktischer Natur sowie Prozeßhandlungen, im engeren Sinne die Prozeßführung allein, vgl. oben § 43 Anm. 5. Auch die Worte der prätorischen Edikte „quod gestum erit" generalisiren in ähnlicher Art, wie dies durch den Ausdruck Rechtsgeschäft geschieht. l. 1 pr. D. quod metus causa 4, 2. l. 1 § 1 D. de minoribus 4, 4, l. 1 pr. D. quae fraudationis causa 42, 8. Ueber den Begriff des gestum siehe l. 1 §§ 2 ff. D. eod. 42, 8. Ueber die Entstehung des Wortes und des Begriffes Rechtsgeschäft vgl. Pernice in Grünhuts Zeitschrift Bd. 7 S. 467 ff. Im vorigen Jahrhundert sprach man von actus juridici. Nicht unwahrscheinlich ist, daß actus legitimi in l. 77 D. de R. J. 50, 17 denselben Sinn hatte, vgl. Enneccerus S. 24 ff.

5) Am entschiedensten geschah dies durch Schloßmann, Vertrag 1876 S. 129 ff. Ihm gilt der Begriff des Rechtsgeschäftes als „wissenschaftlich werthlos", siehe auch Schloßmann in Grünhuts Zeitschrift Bd. 7 S. 543. Dagegen hat die herrschende Systematik Vertheidiger in Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft" S. 238 ff. und Pernice in Grünhuts Zeitschrift a. a. O. S. 465 ff. gefunden.

6) Manche suchen den Begriff des Rechtsgeschäftes aus der Bezeichnung zu deduciren, vgl. Arndts § 63 Anm. 1. Aber das Wort „Rechtsgeschäft" ist farblos und unpräcis. Es ist auf innere Kriterien zurückzugehen.

geschäfte sind Willenserklärungen, welche auf Begründung, Abänderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses gerichtet sind, ohne Unterschied, ob sie durch die Erklärung allein oder in Verbindung mit andern Thatsachen erfolgt, z. B. die Zahlung einer Schuld, die Occupation herrenloser Sachen, etwa des erlegten Wildes durch den Jäger; es kommt auch nichts darauf an, ob dem Handelnden der Rechtseffekt seiner Handlung zum Bewußtsein kommt.[7] Dagegen sind obrigkeitliche Verfügungen, insbesondere Urtheile, keine Rechtsgeschäfte.[8]

2. Der Wille des Privaten bestimmt das Rechtsgeschäft. Damit ist nicht gemeint, daß Laune, Willkür, Eigensinn herrschen sollen. Dergleichen spielt im Privatrecht nur ausnahmsweise eine Rolle, denn durchschnittlich wird der rechtsgeschäftliche Wille durch wirthschaftliche Bedürfnisse und die Lebensverhältnisse hervorgerufen, und auf Abwägung aller einschlagenden Momente, insbesondere des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung, sowie des Maßes der eigenen Leistungsfähigkeit gebaut; ein mächtiger Regulator ist das Interesse des Handelnden.[9]

Neuerdings wird der unmittelbare Rapport zwischen Willen und Rechtseffekt von manchen Schriftstellern energisch in Abrede gestellt. Und unbedingt ist zuzugestehen, daß häufig die schließlichen Rechtsfolgen eines Rechtsgeschäftes andere sind, als der Handelnde erwartete. Ein Ausländer tritt eine Erbschaft in einem Lande des gemeinen Rechtes an in der Meinung, nur bis zum Belaufe der Erbschaftsmasse für die Erbschaftsschulden zu haften, wie dies nach seinem Landesrechte der Fall ist, er errichtet kein gehöriges Inventar und sieht sich schließlich wider Erwarten zur Zahlung der Nachlaßschulden aus eigenen Mitteln verbunden. Man verkauft ein Pferd, welches man für gesund hält, während es den verborgenen Keim einer schweren Krankheit in sich trägt, die nach dem Verkauf ausbricht; der Verkäufer haftet gemäß der ädilicischen Klagen. Auf seinen Willen kann dies nicht zurückgeführt werden, da der Gedanke eines Fehlers der Sache ganz außerhalb seiner Vorstellung lag. Hieraus hat man gefolgert, daß nur die Abgabe der Willenserklärung von dem Entschlusse des Erklärenden abhängig sei; dagegen träten die Folgen der Erklärung unabwendbar vi legis ein, ohne Rücksicht darauf, ob sie der Erklärende wollte oder nicht.[10]

---

7) Ob eine rechtlich geschützte „Erfindung" Rechtsgeschäft ist, darüber vgl. Kohler in Grünhuts Zeitschrift Bd. 13 S. 287. Erwerb durch „Ersitzung" beruht nicht auf Willenserklärung, bildet also kein Rechtsgeschäft. Bloß thatsächliche Mittheilungen, z. B. der Ankunft einer zugesendeten Waare, bilden keine Rechtsgeschäfte, auch wenn sich rechtliche Folgen an sie knüpfen.

8) Dagegen Brinz Bd. 4 § 522 Anm. 19.

9) Vgl. Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 77.

Eine richtige Beobachtung hat hier zu Schlüssen geführt, welche weit von der Wahrheit abführen.

Die Frage ist, welcher Rechtseffekt ist Produkt des Willens? Hierauf ist zu antworten: die Begründung, Aufhebung, Veränderung eines *Rechtsverhältnisses*. Ich will Erbe werden und ich werde es; ich schließe einen Kaufvertrag und werde Käufer, Verkäufer. Der Rapport zwischen dem Willen und *diesem* Rechtseffekt ist ein offensichtlicher.[11] Welche Wirkung aber dann weiter das *einmal begründete Rechtsverhältniß* hat, darüber hat der Wille dessen, der es hervorrief, *nicht ausschließlich* zu bestimmen. Dies normirt vielmehr die Rechtsordnung, welche den Willen des Handelnden wohl bis zu einem gewissen Grade berücksichtigt, aber ihn hierüber *nicht schlechthin* entscheiden läßt. Ist man also Erbe geworden, so ist man es mit den Rechten und Pflichten, welche sich nach der Rechtsordnung ergaben, nicht mit den Folgen, die man erträumte.

3. Rechtsverhältnisse kann man nicht willkürlich, nicht nach subjektiven Einfällen schaffen. Das Rechtsleben bewegt sich vielmehr in bestimmten typischen Arten von Geschäften.

---

10) Lotmar, über causa 1875 S. 15, führte zuerst aus, „weil die Willensäußerung Rechtsfolgen hat *durch das Recht*, ist das Wollen der Rechtsfolgen durch den Handelnden gleichgültig". Seitdem traten sich zwei Auffassungen gegenüber. Die eine Ansicht knüpft die Folge des Rechtsgeschäfts an die Rechtsordnung und keineswegs an den Willen der Betheiligten. Diese setzen nach ihr nur durch ihre Erklärung die Rechtsordnung in Bewegung, sie geben ihr gleichsam mechanisch den Anstoß. Solche Gedanken vertritt namentlich Thon, Rechtsnorm S. 371. Im wesentlichen hat sich ihm Kohler in Iherings Jahrbüchern Bd. 18 S. 134 ff. in lebendiger und eindringlicher Ausführung angeschlossen. Früher hatte sich Kohler in denselben Jahrbüchern Bd. 16 S. 106 unseres Ermessens zutreffender dahin geäußert, „der rechtliche Wille hat sich nur zu erstrecken bis auf das Rechtsinstitut, die Folgen desselben treten ein nach Art eines Naturphänomens". Gegen Thon hat sich u. a. Pernice a. a. O. S. 474 erklärt; ferner Zitelmann, Irrthum S. 237, Bruns in den Pandektenfragmenten, kleine Schriften Bd. 2 S. 454, Enneccerus a. a. O. S. 76, R.G. Bd. 28 S. 18. Zu weit geht es, wenn Bruns mit der herrschenden Ansicht daran festhält, daß, „wer eine Miethsobligation will, implicite alle Folgen wolle, die das Recht mit derselben verbinde". Dies heißt das Recht im objektiven Sinne auf den Willen der Kontrahenten zurückführen und bildet, wie mehrfach von den Gegnern der herrschenden Ansicht hervorgehoben wird, nur eine Fiktion. Vermittelnd ist Bülow im Archiv für civ. Praxis Bd. 64 S. 87 ff., Hartmann in Iherings Jahrbüchern Bd. 20 S. 73 ff. Eine Uebersicht giebt neuerdings Lotmar bei Brinz Bd. 4 § 524.

11) Ein Rechtsgeschäft ist nur vorhanden, wenn sich die Parteien „*berechtigen*" oder „*rechtlich*" *binden* wollen. Eine Zusage unter dem Vorbehalt, daß man rechtlich nicht gebunden sein wolle, wäre kein *Rechtsgeschäft*. Unzutreffend ist daher die Ausführung von Lenel, Parteiabsicht in Iherings Jahrb. Bd. 19 n. 5, daß die Betheiligten bei Abschluß ihrer Rechtsgeschäfte einen *wirthschaftlichen* und *gesellschaftlichen* Zweck verfolgten und daß die rechtliche Gestaltung ausschließlich vom Rechte emanire. Richtig ist nur, daß die Parteien häufig *keine bestimmten*, nicht selten *irrige* Vorstellungen darüber haben, unter *welche* Rechtsform ihr Geschäft fällt, und daß ihnen diese Frage in der Regel keine entscheidende ist. Daher kann z. B. was sie Kauf nannten, rechtlich als Miethe gelten und was Dienstmiethe, als Gesellschaftsvertrag.

Die größte Gebundenheit findet sich in dieser Hinsicht auf dem Gebiete des Familienrechtes. Für die Geschlechtsverbindung besteht nur die Rechtsform der Ehe, keine andere Rechtsform steht offen. Adoptiren kann man jemanden nur als Kind, nicht als Bruder.[12] — Freiere Bewegung giebt das Vermögensrecht. Doch kennt das römische Recht nur vier Arten von dinglichen Rechten an fremden Sachen, nämlich Servituten, Superficies, Emphyteusis und Pfandrecht; erst das deutsche Recht hat den Kreis erweitert. Am meisten Spielraum hat die individuelle Bestimmung auf dem Gebiete des Obligationenrechtes. Nach gemeinem Rechte sind alle obligatorischen Verträge klagbar, die sich innerhalb der allgemeinen Schranken der Rechtsgeschäfte halten. Daher sind obligatorische Geschäfte möglich, welche nicht unter die hergebrachten Geschäftstypen fallen; es können sich neue Arten und Spielarten von Obligationen bilden. So auch nach B.G.B.

4. Die allgemeinen Erfordernisse des gültigen Rechtsgeschäftes sind:

a) der Wille der Betheiligten,

b) Erklärung dieses Willens in gehöriger Form,

c) Handlungsfähigkeit der Betheiligten und die besondere Fähigkeit zu dem bezüglichen Geschäfte — Verfügungsfähigkeit,[13]

d) Einhalten der Schranken der Rechtsordnung.

5. Man unterscheidet *gültige, nichtige* und *entkräftbare* Rechtsgeschäfte. Gültig sind die Rechtsgeschäfte, wenn sie das beabsichtigte Rechtsverhältniß herstellen; nichtig, wenn sie die Kraft hierzu nicht haben; entkräftbar, wenn sie das Rechtsverhältniß zwar begründen, dieses aber in seiner Wirkung gehemmt werden kann.[14]

6. Der Ausdruck Rechtsgeschäft hat eine doppelte Bedeutung. Er bezeichnet einmal die *Willenserklärung* und dann das durch die Erklärung *geschaffene Verhältniß*.[15]

§ 92. Hauptarten der Rechtsgeschäfte.

1. Die Rechtsgeschäfte sind theils solche *unter Lebenden* — inter vivos — theils solche *von Todeswegen* — mortis causa.

12) l. 7 C. de hered. inst. 6, 24.

13) Für die Bezeichnung der besonderen Fähigkeit zum Abschluß eines Geschäftes fehlt es an einem allgemein zutreffenden technischen Ausdruck. Die Fähigkeit, an einer Sache Eigenthum oder dingliche Rechte zu gewähren, nennt man Verfügungsfähigkeit. Dieser Ausdruck paßt nicht für die besondere Fähigkeit, eine Ehe abzuschließen, ein Kind zu adoptiren.

14) Vgl. unten § 120. Im engeren Sinne sind Rechtsgeschäfte nur die gültigen. l. 2 § 1 D. quemadmodum test. aper. 29, 3, l. 24 D. de statu liberis 40, 7. Windscheid Bd. 1 § 69 Anm. 1 d.

15) Karlowa, Rechtsgeschäft S. 161.

Die Geschäfte von Todeswegen regeln die Verhältnisse des Verfügenden auf den Fall seines Todes. Ursprünglich war in Rom das einzige Geschäft von Todeswegen das Testament, d. h. die Einsetzung eines Erben, des Nachfolgers in das Gesammtvermögen. Seit der Kaiserzeit erkannte man auch Kodicille an, d. h. letztwillige Einzelverfügungen. Testamente und Kodicille beruhen auf einer besonders bestimmten Handlungsfähigkeit, der testamenti factio, und haben eine eigenartige Gestaltung. Ihnen gesellten sich die Schenkungen von Todeswegen hinzu.

Geschäfte unter Lebenden bilden Willenserklärungen, welche nicht den Zweck haben, die Verhältnisse des Verfügenden für den Fall seines Todes zu ordnen.[1]

2. Die Rechtsgeschäfte sind *einseitige*, wenn sie in der Willenserklärung *einer Person* bestehen, *zweiseitige*, wenn sie den *zusammenstimmenden Willen* Zweier oder Mehrerer fordern.

Die hauptsächlichen Geschäfte von Todeswegen, Testament und Kodicill, sind *einseitige*. Denn sie werden durch den Erblasser einseitig geschaffen, und die Zustimmung der letztwillig Bedachten ist für ihr Zustandekommen nicht nothwendig. Allerdings tritt an die Honorirten nach dem Tode des Erblassers die Frage heran, ob sie die Zuwendung wollen; aber die Erklärung hierüber ist wiederum ein selbständiges einseitiges Rechtsgeschäft, kein Theil des Testiraktes.

Zweiseitige Geschäfte auf den Todesfall sind Schenkungen von Todeswegen und nach gemeinem Recht und B.G.B. Erbverträge.

Geschäfte unter Lebenden sind überwiegend zweiseitige oder Verträge.

Einseitige Geschäfte unter Lebenden sind namentlich *Willenskundgebungen*, die sich dadurch vollziehen, daß sie dem andern Theil *zukommen*.[2] Einige derselben sind zur Vorbereitung von Geschäften

---

1) Die Unterscheidung von Geschäften mortis causa und inter vivos findet sich in den Quellen bei Schenkungen l. 25 pr. D. de inoff. test. 5, 2 und bei Manumissionen l. 1 pr. D. de adsign. libertis 38, 4 hervorgehoben, vgl. auch l. 67 § 1 D. de V. S. 50, 16. — Charakteristisch für das Geschäft von Todeswegen ist, daß es eine Verfügung über den Nachlaß enthält. Es genügt nicht, daß es sich um ein Geschäft handelt, welches sich erst mit dem Tode des Verfügenden verwirklichen soll. Es ist z. B. die Obligation, wonach eine Summe bei meinem Tode an meinen Erben zu zahlen ist, kein Geschäft von Todeswegen, es ist dies namentlich auch nicht die Lebensversicherung. Der Begriff des *Geschäftes von Todeswegen* ist weiter als derjenige der *letztwilligen Verfügung*. Ein *Erbvertrag* insbesondere ist ein Geschäft *von Todeswegen*; er ist aber *keine letztwillige Verfügung*, weil der Wille zur Zeit des Vertragsschlusses und nicht ein etwaiger späterer letzter Wille das Maßgebende ist.

2) Andere einseitige Willenserklärungen gehen an das Allgemeine, vgl. unten § 96 Anm. 2. Für die *Genehmigung* des durch einen unbeauftragten Stellvertreter mit einem Dritten geschlossenen Geschäftes genügt, da sie die Vollmacht ersetzt,

bestimmt, wie Vollmachten, bindende Offerten, andere dienen deren Fortführung, wie Kündigungen, Mahnungen.

Zweiseitige Geschäfte oder Verträge fordern die zusammenstimmende Erklärung zweier Theile, die sich hierdurch gegenseitig zur Begründung, Veränderung, Bestärkung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses verbinden.[3 4] Erforderlich ist Begehren des einen und Bewilligen des anderen Theiles. Es kommt nichts darauf an, ob die Initiative von dem ausgeht, welcher die Rechtsveränderung begehrt, oder von dem, welcher sie bewilligt.

Ein besonders wichtiger *Vertrag* ist der *obligatorische*, d. h. auf die Begründung einer Obligation gerichtete. Aber Verträge begründen auch *dingliche* Rechte — dingliche Verträge. Auf Verträgen beruhen auch *familienrechtliche* Geschäfte, insbesondere die Ehe und die Kindesannahme.[5]

Die *Verträge* sind theils einseitige, theils zweiseitige. Bei den einseitigen belastet sich nur der eine Paciscent, bei den zweiseitigen Verträgen belasten sich beide Paciscenten. Ein einseitiger Vertrag ist die Schenkung, zweiseitige Verträge sind Kauf und Miethe.

Die Schenkung ist ein *zweiseitiges Geschäft*; denn sie fordert Angebot seitens des Schenkers und Annahme seitens des Beschenkten. Aber sie ist ein *einseitiger Vertrag*, denn sie verbindet nur den Schenker, nicht den Beschenkten.

3. Geschäfte, welche eine Vermögenszuwendung enthalten, sind für denjenigen, welchem sie geschieht, *onerose* — lästige — oder *lukrative*

---

die Erklärung an den *Vertreter*. Aber auch die Erklärung an den *Dritten* reicht aus. Vgl. hierzu B.G.B. § 177.

3) l. 1 § 1 D. de pactis 2, 14. Ulpianus libro 4 ad edictum: Pactum a pactione dicitur inde etiam pacis nomen appellatum est, et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus vgl. l. 3 pr. D. de pollicitationibus 50. 12. Ueber consensus vgl. Leonhard, Irrthum S. 11 ff. Siehe ferner Bekker Bd. 2 S. 85. Natürlich können auf jeder Seite auch mehrere Personen stehen, vgl. darüber Kuntze, der Gesammtakt, ein neuer Rechtsbegriff, in den Festgaben für Müller 1892.

4) Schloßmann, Vertrag, erklärt den Vertragsbegriff für völlig hohl und für die Jurisprudenz werthlos. Doch nimmt er an, daß der Bruch des Versprechens, welches der eine Theil leistete und auf das sich der andere verließ, eine Verletzung sei, die zur Entschädigung verpflichte. Damit langt er schließlich bei der Verbindungskraft des Vertrages wieder an, die er zunächst so entschieden verwirft, freilich in eigenartiger und mit dem gegebenen Rechte nicht übereinstimmender Denkform.

5) Manche behaupten, das Wesen des Vertrages liege in dem Versprechen einer Leistung, der Vertrag könne daher nur eine *Verpflichtung*, das *Versprechen zu halten*, also eine *Obligation* begründen. So namentlich Vangerow Bd. 1 § 350 Anm. 1, Pfizer in Iherings Jahrb. Bd. 31 S. 337. Die bei weitem meisten neueren Juristen fassen aber den Vertrag viel weiter. Das ist freilich Vangerow zuzugestehen, daß die Römer den Begriff des Vertrages nicht in der abstrakten Weise durchdachten, wie dies in den neueren Systemen zu geschehen pflegt.

— freigebige. — Oneros sind sie, wenn er die Zuwendung durch eine Gegenleistung zu erkaufen hat, lukrativ, wenn er sie unentgeltlich erhält.[6] Wir bezeichnen die oneroſen Geschäfte, in denen sich der menschliche Verkehr bewegt, als *Verkehrsgeschäfte*.

II. Bestandtheile des Rechtsgeschäftes.

§ 93. Die Essentialien des Geschäftes.

1. Hinsichtlich des *Inhalts der Geschäfte* pflegt man zu unterscheiden:

a) Essentialia negotii sind die dem *Geschäfte wesentlichen Bestandtheile*. Sie geben demselben seine Eigenart. Für das Kaufgeschäft ist z. B. essentiell die Einigung des Käufers und Verkäufers über Sache und Preis.

b) Naturalia sind *Eigenschaften* und *Wirkungen* eines Geschäftes, welche ihm *in der Regel* zukommen, die ihm aber nicht wesentlich sind, so daß sie von den Parteien *ausgeschlossen* werden können. Beispielsweise ist es ein Naturale des Kaufgeschäftes, daß der Verkäufer dem Käufer wegen verborgener Mängel der Kaufsache haftet. Durch Vereinbarung kann diese Haftung ausgeschlossen werden.

c) Accidentalia sind Bestimmungen, welche dem Geschäfte begrifflich nicht wesentlich sind, die auch nicht aus dessen Natur folgen, die ihm vielmehr *im Einzelfalle besonders zugefügt sind*. Beispiele bildet die Zufügung einer lex commissoria beim Kaufgeschäft, wonach der Kauf für den Fall nicht rechtzeitiger Zahlung des Kaufpreises rückgängig werden soll, sowie die Verabredung einer antichresis beim Pfandgeschäfte, wonach der Pfandgläubiger die Nutzungen des Pfandes statt der Zinsen gewinnen kann.

2. Soll ein Geschäft zu Stande kommen, so ist schlechthin erforderlich die Regelung aller dem beabsichtigten Geschäfte *seiner Art nach wesentlichen Punkte*.

Es muß außerdem zu einer Erledigung aller derjenigen Punkte kommen, welche die *Handelnden zur condicio sine qua non des Abschlusses machen*. Bei Verträgen muß sich also die *Einigung* auf alle diese Punkte erstrecken. Solange dies nicht der Fall ist, ist ein Geschäft nicht zu Stande gekommen, wenn auch die Kontrahenten

6) In den römischen Quellen wird nur erörtert, ob man ex causa lucrativa oder non ex causa lucrativa erwirbt, l. 17, l. 19 D. de obl. et act. 44, 7, l. 83 § 6 D. de verb. obl. 45, 1, l. 4 § 31 D. de doli mali exc. 44, 4.

über die der Geschäftsart begrifflich wesentlichen Punkte zu einem Einverständnisse kamen. Verlangt also der eine Theil die Ausschließung gewisser naturalia negotii, z. B. die Befreiung von der Haftung für verborgene Mängel, oder die Zufügung gewisser accidentalia negotii, z. B. einer lex commissoria beim Kaufgeschäft, und ist der andere Theil hierauf nicht eingegangen, so ist das Geschäft nicht perfekt.[1]

Hiernach giebt es zwei Klassen von Essentialien, nämlich diejenigen der Geschäftsart und diejenigen des besonderen Willens der Handelnden.

Die Regelung der begrifflich wesentlichen Essentialien ist nach der Rechtsnorm erforderlich; die befriedigende Erledigung der anderen Punkte ist nach dem Entschluß der Betheiligten zum Zustandekommen des Geschäftes nöthig.

§ 94. Bewegungsgründe.[1]

Der Abschluß der Rechtsgeschäfte wird durch mancherlei Meinungen und Erwartungen der Betheiligten geleitet.

Die Verwirklichung dieser Vorstellungen kann einen Geschäftsbestandtheil bilden. Dies ist aber keineswegs immer der Fall. Ich schließe z. B. einen Gesellschaftsvertrag mit dem N., weil ich ihn für einen guten Geschäftsmann halte; die Gesellschaft ist bindend abgeschlossen, auch wenn er kaum mäßigen Anforderungen genügt. Ich nehme ein Darlehen auf in dem Glauben, eine vorzügliche Spekulation damit machen zu können; das Darlehengeschäft ist gültig, auch wenn sich die Spekulation nicht verwirklichen läßt.

Vorgedanken, welche den Abschluß veranlassen, deren Verwirklichung aber für das Geschäft nicht essentiell ist, nennt man Bewegungsgründe oder Motive.[2]

Das Kriterium ist also ein negatives. Ueber das Motiv hinaus geht alles, was entweder dem Geschäfte seinem Begriffe nach essentiell ist oder was durch den Willen der Betheiligten zum Essentiale erhoben ist.

---

1) Vgl. auch B.G.B. § 154 Abs. 1 S. 1: So lange nicht die Parteien sich über alle Punkte eines Vertrages geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen.

1) Leonhard, Irrthum S. 252 ff.

2) Pomponius libro 27 ad Quintum Mucium l. 52 D. de cond. indebiti 12, 6 unterscheidet folgendermaßen: damus aut ob causam aut ob rem: ob causam praeteritam veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est, ut, etiamsi falsa causa sit, repetitio ejus pecuniae non sit: ob rem vero datur, ut aliquid sequatur quo non sequente repetitio competit.

Hierfür ist eine ausdrückliche Hervorhebung keineswegs immer erfordert. Als essentiell für die Betheiligten ist vielmehr auch das zu erachten, was nach der Verkehrsanschauung im regelmäßigen Verlaufe der Dinge bei Geschäften solcher Art als essentiell gilt. Es ist z. B. Regel des Verkehres, daß eine Kreditzusage nur in der Meinung geschieht, daß der Kreditnehmer zahlungsfähig ist, und in der Erwartung, daß er zahlungsfähig bleibt. Hierin liegt daher im Zweifel eine stillschweigende Geschäftsbedingung, nicht bloßes Motiv. Wer insolvent wird, kann die Verwirklichung einer Kreditzusage nicht beanspruchen.[3]

Was bloß Motiv ist, ändert seinen Charakter dadurch nicht, daß es dem anderen Theile kundgethan ist. Kauft man z. B. Möbel zur Ausstattung seiner Tochter, so wird der Kauf nicht hinfällig, wenn die Hochzeit nicht zu Stande kommt, auch wenn der Verkäufer den Zweck des Ankaufes kannte, und wenn ihn der Käufer selbst beim Geschäftsschluß genannt hat. Die Verheirathung der Tochter könnte ausdrücklich zur Bedingung des Geschäftes gemacht sein; von selbst versteht sich eine derartige Bedingung nicht. Denn den Verkäufer geht es nach der Verkehrsanschauung nichts an, was der Käufer mit der Kaufsache beginnen will.

Die Motive sind zwar ohne *selbständige* Bedeutung für die Rechtsgeschäfte, welche sie veranlaßten; kundgegebene Motive sind jedoch unter Umständen *für die Interpretation* des Geschäftes wichtig, welches sie herbeiführten.

§ 95. Die Zwecke der Vermögenszuwendungen.[1]

1. Zuwendungen aus unserem Vermögen können sich in verschiedener Rechtsform vollziehen; unter anderem geschehen sie durch Veräußerung von Sachen oder von Rechten, durch Verzicht auf Ansprüche, durch Uebernahme von Verpflichtungen.

2. Vermögenszuwendungen sind nicht Selbstzweck. Sie bilden vielmehr bloß die Mittel zur Erreichung von Zwecken, welche ihren Grund — ihre causa[2] — ausmachen. Dieser Grund kann Erlangung eines *Gegenvortheiles* oder Erweisung einer *Freigebigkeit* sein. Der Gegenvortheil kann namentlich darin liegen, daß der Zuwendende eine Forde-

3) R.O.H.G. Bd. 23 S. 137.

1) Liebe, die Stipulation und das einfache Versprechen 1840 S. 124, Gneist, die formellen Verträge des neueren Obligationenrechtes 1845 S. 124, Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund § 3, Bekker Bd. 2 S. 145.

2) Die verschiedenen Bedeutungen, welche das Wort causa hat, stellt zusammen Voigt über die condictiones ob causam 1862 S. 1 ff. Die Neueren verwenden den Ausdruck vorzugsweise zur Bezeichnung des bestimmenden Zweckes der Vermögenszuwendungen. Hierin folgen wir ihnen.

rung gegen den Mitkontrahenten erwirbt — credendi causa — z. B. bei Hingabe einer Darlehnssumme; ferner darin, daß er seine Schulden tilgt — solvendi causa.[3] Der Grund kann auch in einem Vortheil bestehen, den man für Dritte erstrebt, mit deren Interessen man sich identificirt. Die Erweisung einer Liberalität beruht auf der Schenkungsabsicht, vermöge deren man den Beschenkten auf unsere Kosten bereichern will, — sie geschieht donandi causa.

Eine Vermögenszuwendung ohne Zwecke der einen oder anderen Art wäre ein sinn- und gedankenloses Handeln. Das Setzen von Zwecken bei solchen Zuwendungen ist also nichts Zufälliges, sondern im Wesen der Dinge begründet. Es ist eine psychologische Nothwendigkeit. Das Ziel, welches das Geschäft nach der Vorstellung des Geschäftsschließenden erreichen soll, bildet dessen Zweck, causa im subjektiven Sinne. Von objektiver causa spricht man, wenn sich dieser Zweck verwirklicht.

3. Da die Vermögenszuwendung nur Mittel zur Erreichung des vorgesteckten Zweckes ist, so erscheint es als das Natürliche, daß sie nur im Falle der Verwirklichung dieses Zweckes eintritt. Dennoch wird nicht selten diese natürliche Abhängigkeit unterbrochen. Es geschieht dies aus Gründen der Nützlichkeit und insbesondere der Bequemlichkeit und Sicherheit des Verkehres.

Hieraus ergiebt sich eine für das gesammte System des Vermögensrechtes wichtige Entscheidung. Die eine Klasse der Geschäfte bilden die kausalen oder materiellen, die andere Klasse die abstrakten oder formalen.

a) Bei kausalen Geschäften gehört die Verwirklichung des bestimmenden Zweckes zum Wesen und Bestande des Geschäfts.

Ein Beispiel bildet das Darlehen. Eine Darlehensverpflichtung entsteht nicht durch ein bloßes Schuldversprechen, noch auch etwa durch die Aushändigung eines Darlehnsschuldscheines, vielmehr ist wesentlich die Uebereignung der Darlehensvaluta, um derentwillen das Versprechen abgegeben ist.

---

3) Die causae solvendi, credendi, donandi sind bei weitem die häufigsten. Sie werden daher von den Römern mehrfach nebeneinander aufgeführt. So in der l. 65 § 4 D. ad S. C. Trebellianum 36. 1 Maecianus libro 5 fideicommissorum . . . si jussu meo tradantur, cui ego ex fideicommisso aliave qua causa eas praestare debuerim vel in creditum ire vel donare voluerim. l. 49 D. de solut. 46, 3. Jene drei causae sind aber nicht die einzigen. Beispielsweise ist die Zahlung einer Summe, welche vom Erben geschieht, um eine ihm aufgelegte Bedingung der Erbeseinsetzung zu erfüllen — condicionis implendae causa datum — weder Zahlung einer Schuld, noch Obligationsbegründung, noch Schenkung. Vgl. Bekker a. a. O. S. 148.

b) Die abstrakten Geschäfte werden rechtsbeständig, auch ohne daß sich die causa, welche zu ihrer Eingehung führte, verwirklicht.[4]

Es giebt zwei Arten solcher Geschäfte, nämlich die nothwendig und die willkürlich abstrakten.

Nothwendig abstrakt sind die Geschäfte, welche auch nicht durch Vereinbarung der Betheiligten von der Verwirklichung ihrer causa abhängig gemacht werden können. Hierher gehört im heutigen Rechte der Wechsel, d. h. das Versprechen einer Geldsumme in Wechselform. Der Wechsel kann die causa, die ihn hervorrief, nicht aufnehmen; er wäre z. B. nicht gültig, wenn die Bedingung zugefügt würde, daß die Waare, derentwegen er ausgestellt wird, richtig und fehlerfrei geliefert werde. Nothwendig abstrakt waren im alten Rom auch die Uebereignungsgeschäfte der mancipatio und der in jure cessio.[5]

Abstrakt kann die Uebereignung durch Tradition sein, sie ist aber nicht nothwendig abstrakt. Nicht anders stand es in Rom mit der Stipulation. Sie konnte abstrakt auf ein Summenversprechen lauten, z. B. centum dare spondes? Aber nichts stand im Wege, die Verpflichtung des Stipulationsschuldners im Wege einer zugefügten Bedingung von einer Gegenleistung abhängig zu machen.[6]

Bei abstrakten Geschäften ist die natürliche Verkettung mit ihrem Grunde unterbrochen, aber keineswegs völlig aufgehoben. Ergiebt sich hinterher, daß die causa objektiven Bestand nicht hat oder nicht gewinnt, so zeigt sich eben damit, daß der eine Theil einen Vermögensverlust ohne rechten Grund — sine justa causa — erlitten, der andere Theil einen Vermögenserwerb ohne rechten Grund gemacht hat. Dieses unbillige Resultat wird wieder beseitigt, und zwar geschieht die Beseitigung vorzugsweise durch das Rechtsmittel der condictio.[7]

4. Die causa darf nicht identificirt werden mit einem bloßen Be-

---

4) Bei abstrakten Geschäften kann die causa der Zuwendung zunächst offen bleiben. Man übereignet z. B. Werthe, es der Zukunft überlassend, ob das Uebermachte zur Tilgung von Verbindlichkeiten oder als Vorschuß dienen wird.

5) Vgl. über diese Geschäfte § 97 Anm. 3 und Anm. 4. Nach B.G.B. ist nothwendig abstrakt die Auflassung d. h. die freiwillige Veräußerung eines Grundstücks, B.G.B. § 925.

6) Vgl. unten § 213. Gleiches gilt von kaufmännischen Verpflichtungsscheinen H.G.B. § 363, R.G. Bd. 12 S. 92.

7) Wenn z. B. A. glaubt, dem B. ein bestimmtes Pferd zu schulden und ihm dies übereignet, so wird B. Eigenthümer, auch wenn die Schuld nicht bestand. Aber B. ist in diesem Falle ohne Grund bereichert; deswegen kann A. ihm gegenüber eine condictio indebiti auf Herausgabe seiner Bereicherung anstellen, dagegen kann der A. von einem etwaigen dritten Besitzer des Pferdes, dem C., welcher dasselbe von B. erwarb, nichts fordern, also auch nicht Herausgabe des Pferdes, denn die Uebereignung des Pferdes an den B. und von diesem an C. ist unanfechtbar.

wegungsgrunde. Es handelt sich bei der causa nicht um etwas dem Geschäfte Fremdes, wie beim bloßen Bewegungsgrund, sondern um ein wesentliches Element des Geschäftes, welches sich, wenn auch zunächst zurückgedrängt, doch als dessen Bestandtheil geltend macht.

III. Willenserklärung.

§ 96. Bedeutung der Willenserklärung.

In der Seele des Handelnden bildet sich die Idee des Rechtsgeschäftes. Sie findet Verwirklichung durch entsprechende Erklärungen. Ehe sie geäußert ist, ist sie beliebig wandelbar und ohne rechtliche Bedeutung.

Die Erklärung muß eine bewußte und beabsichtigte sein. Erklärung auch lange gehegter Absichten im Fieberdelirium oder bei sinnloser Trunkenheit ist keine. Hiernach unterscheidet man den *Geschäftswillen*, d. h. den Willen, das Geschäftsbild, welches wir uns im Geiste machten, zu verwirklichen, und den *Erklärungswillen*, vermöge dessen jener Wille seine Aeußerung findet und damit sein Ziel erreicht.

Häufig muß sich die Erklärung, um gültig zu sein, an eine bestimmte Person richten und an sie gelangt sein. So ist es bei zweiseitigen Geschäften,[1] aber auch bei manchen einseitigen — einseitigen *empfangsbedürftigen* Geschäften — z. B. bei Kündigungen, bei Vollmachten. Bei anderen einseitigen Geschäften dagegen geht die Erklärung in das Allgemeine z. B. bei der Okkupation herrenloser Sachen, Antreten einer Erbschaft. Es müssen dann aber Mittel gewählt werden, durch welche die Erklärung denen erkennbar werden kann, welche bei ihr interessirt sind.[2]

§ 97. Formelle und formlose Geschäfte.

Die Rechtsgeschäfte sind entweder *formelle* oder *formlose*.[1]

Sie sind *formell*, wenn sie an eine *bestimmte Weise* der

1) l. 1 pr. D. de V. O. 45, 1 . . . exaudire invicem debent. Es ist freilich ein bestrittener Punkt, ob nicht die bloße *Aeußerung* einer zustimmenden Erklärung genügt, auch ohne daß sie an den anderen Theil *gelangt*. Hierüber das Nähere im Obligationenrechte unten Bd. 2 § 11.

2) Vgl. oben § 92 Anm. 2. Kohler in Iherings Jahrbüchern Bd. 16 S. 125 bemerkt bezüglich der Erbantretung: „Der Akt muß so erfolgen, daß er einen geschäftlichen Charakter an sich trägt; wer vor seinem Kammerdiener die Erbschaft antritt, hat schwerlich mit Rechtswirksamkeit angetreten". Wäre freilich dem Kammerdiener vom Erblasser ein Legat vermacht und das Legat ausgezahlt, so wäre der Erbschaftsantritt nicht zu bezweifeln. Denn dieser Akt hat den geschäftlichen Charakter, welchen Kohler mit Recht fordert.

1) Vgl. vorzugsweise Ihering, Geist des römischen Rechtes Bd. 2 §§ 45 ff.; siehe ferner Savigny Bd. 3 § 30, v. Böldendorff, die Form der Rechtsgeschäfte 1857.

Erklärung — Form — gebunden sind,[2] und formlos, wenn sie in beliebiger Weise erklärt werden können.

Die Formen sind bald Erzeugnisse eines naturwüchsigen Formensinnes, wie er sich namentlich in der Kindheit der Völker geltend macht, bald Ergebnisse bewußter Reflexion, beruhend auf Erwägungen der Zweckmäßigkeit.

In älteren Zeiten haben die Formen oft eine dramatische Natur; so namentlich die altrömischen Uebereignungsformen der mancipatio und in jure cessio. Die mancipatio — die Uebereignungsform für res mancipii — hatte die Gestalt eines Kaufes. Es mußten der Wagehalter mit Wage und Erz, und, wenn es sich um eine Mobilie handelte, die Sache selbst, ferner mindestens 5 Zeugen sowie der Veräußerer und Erwerber gegenwärtig sein, und es wurde dann durch Riten und Reden ein Kauf vorgestellt.[3] Die in jure cessio, Uebereignungsform für res mancipii und nec mancipii, hatte die Gestalt eines Prozesses. Erforderlich war das Erscheinen des Erwerbers, welcher den Kläger vorstellte, sowie des Veräußerers, der als Beklagter auftrat, beim Magistrat, ferner die Scheinvindikation des Erwerbers, Schweigen oder Zustimmung des Veräußerers und endlich der Zuschlag durch den Magistrat.[4]

In späteren Epochen des Rechtes nehmen die Formen ein rein geschäftsmäßiges Wesen an. Derartige Formen sind Erklärung vor Zeugen[5] z. B. beim römischen Privattestamente, — oder vor Gericht z. B. bei der römischen Adoption, — oder vor Notar oder bei anderen Beamten z. B. nach Reichsrecht beim Standesbeamten im Falle einer Eheschließung. Die einfachste Form ist die Schrift. Sie ist bei vielen Geschäften wesentlich, insbesondere beim Wechsel, bei Inhaberpapieren.

---

2) Der Ausdruck formelles Geschäft oder Formalgeschäft wird auch verwerthet zur Bezeichnung des abstrakten Geschäftes, weil auch hier eine künstliche Formirung eintritt, vgl. oben § 95. Häufig ist übrigens das der Erklärung nach formelle Geschäft auch zugleich ein abstraktes, von seiner causa losgelöstes.

3) Gaj. Inst. I § 119.

4) Gaj. Inst. II § 24.

5) Wenn die Zuziehung von Zeugen eine gesetzliche Nothwendigkeit ist, kann man sie Solennitätszeugen nennen. Jedoch versteht man meist unter Solennitätszeugen nur diejenigen, für welche besondere Qualifikation erfordert wird, z. B. männliches Geschlecht wie bei den römischen Privattestamenten, Volljährigkeit wie bei der Eheschließung vor den Standesbeamten nach dem Reichsgesetze vom 6. Febr. 1875. An dem römischen Privattestamente mußten die Zeugen freiwillig Theil nehmen, l. 20 § 10 D. qui test. facere 28, 1. Dies ist unseres Erachtens historisch zu erklären. Nur freiwillige Zeugen unterlagen in der alten Zeit dem Zeugnißzwange bei Strafe der Intestabilität, vgl. oben § 58. Nur ein Testament vor freiwilligen Zeugen war daher ein vollkommenes. Es liegt kein Grund vor, ein erzwungenes Zeugniß in anderen Fällen für nichtig zu erklären. Anders Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 1 S. 293 ff.

Die Vorzüge solcher Geschäftsformen sind mannigfache. Sie bringen den Ernst des Geschäftes zum Bewußtsein, koncentriren die Verhandlung und bezeichnen den Abschluß scharf gegenüber bloßen Vorverhandlungen. Sie sichern auch häufig den Beweis.

Aber Formen sind mehr oder weniger unbequem, oft zeitraubend und kostspielig, sie bringen die Gefahr mit sich, daß ernstgemeinte Willensäußerungen wegen Vergreifens in der Form kraftlos werden; Formen erstarren leicht, veralten, werden unvolksthümlich. Dann tritt ein Gegensatz ein zwischen der Rechtsnorm, welche Beobachtung der Form erfordert, und dem Verkehr, welcher sich ohne sie zu behelfen sucht. Im römischen Rechte, welches sich ursprünglich in Formalgeschäften bewegte, führte dies im Laufe der Zeit zu entschiedener Begünstigung der Formlosigkeit.

Weiter noch ist hierin das gemeine Recht gegangen. Der Grundsatz der bindenden Kraft formloser Verträge hat sich hier zur Geltung gebracht,[6] nicht bloß im Obligationenrechte, sondern auch darüber hinaus.[7]

Formen sind also nur erforderlich, soweit sie das Gesetz oder die Betheiligten besonders ausbedingen:[8]

a) Gesetzlich sind an Formen namentlich Akte des Familienrechts gebunden. Formlos ist zwar das Verlöbniß, aber die Eheschließung, die Kindesannahme müssen formell erklärt werden.

Auch Testamente und andere einseitige letztwillige Verfügungen sind in bestimmten Formen zu errichten. Schenkungen ferner über 500 solidi fordern nach römischem und gemeinem Rechte gerichtliche Insinuation.

Die Einhaltung gesetzlich vorgeschriebener Formen kann Bedingung der Gültigkeit eines Geschäfts sein. Die Formvorschrift kann aber auch bloß instruktioneller Natur sein. Zuweilen knüpft sich an die Vernachlässigung der Form zwar nicht Nichtigkeit, aber ein sonstiger Nachtheil, zuweilen werden besondere Rechtsvortheile bei Einhaltung einer Form in Aussicht gestellt. Welche dieser Folgen eintritt, bestimmt sich nach Wort und Sinn der Gesetzesvorschrift.[9]

6) So auch B.G.B. Doch sind die Ausnahmen zahlreicher als nach gemeinem Recht.

7) Selbst formlose Erbverträge waren gemeinrechtlich rechtsbeständig, anders B.G.B. § 2276.

8) Ueber die Form der Schrifturkunde vgl. Bruns, die Unterschriften in den römischen Rechtsurkunden 1876, Brunner, zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde 1880. Nach heutigem Rechte fordert eine Schrifturkunde zu ihrer Vollendung die Unterschrift des Ausstellers; so namentlich B.G.B. § 126. Ist die Echtheit der Unterschrift festgestellt, so hat die über der Unterschrift stehende Schrift die Vermuthung der Echtheit für sich, C.P.O. § 440 Abs. 2.

9) B.G.B. § 125 bestimmt: „Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig."

b) Nicht selten *vereinbaren* die Betheiligten, daß dem Geschäft eine bestimmte Form zu geben sei; die Folgen der Unterlassung ergeben sich dann aus der Vereinbarung.

§ 98. Erklärung bei formlosen Geschäften.

Bei formlosen Geschäften genügt zur Erklärung jedes Mittel, wodurch der Wille erkennbar wird.

Dahin gehören schriftliche oder mündliche Worte, ferner Zeichensprache, z. B. bei einem Stummen,[1] endlich Handlungen.[2] Auch ungenaue Erklärungen genügen, wenn die Meinung der Betheiligten aus ihnen erkennbar ist.[3]

Die Erklärung kann eine specielle, das fragliche Geschäft besonders bezeichnende sein, oder in allgemeiner Weise dem Willen Ausdruck geben.[4] Eine specielle Erklärung nennt man oft eine ausdrückliche.[5]

Die Erklärung kann eine indirekte — mittelbare — sein oder auch in bloßem Schweigen bestehen.

1. Die indirekte Erklärung eines Geschäftes besteht in Handlungen, welche zunächst andere selbständige Zwecke haben, aber auf jenes Ge-

---

1) l. 52 § 10 D. de obl. 44, 7, l. 17 D. de nov. et del. 46, 2, l. 67 § 3 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1.

2) Man nimmt z. B. eine zu festen Preisen ausgebotene Sache gegen Zahlung des Preises an sich, ohne Worte zu wechseln.

3) Falsche Benennung einer Person schadet nichts, l. 4 C. de testamentis 6, 23 Imp. Gordianus. Si in nomine praenomine seu cognomine testator erravit nec tamen de quo senserit, incertum sit, error hujusmodi nihil officit veritati. l. 8 § 2 D. de bon. poss. s. t. 37, 11. Das Gleiche gilt von falscher Benennung der Objekte. Ueber die l. 4 pr. D. de leg. I ist im Erbrecht zu handeln. Ist statt des Namens eines Vertragschließenden ein Abstraktum gewählt, z. B. „das Rittergut", so verbindet der Vertrag.

4) Römische Ausdrücke für die besondere Erklärung sind specialiter, nominatim. Diese Ausdrücke sollen aber nicht selten hervorheben, daß ein bezüglicher Wille nicht nach der Rechtsregel anzunehmen, sondern besonders zu erklären ist, sei dies nun in mehr oder minder präcisen Worten, l. 30 pr. D. de serv. pr. rust. 8, 2, l. 8 pr. C. de novat. 8, 41.

5) Was unter „ausdrücklicher" Erklärung zu verstehen sei, darüber gehen die Meinungen sehr auseinander.. Savigny Bd. 3 S. 242 versteht hierunter unmittelbare Erklärungen im Gegensatze zu indirekten Erklärungen, Zitelmann, Irrthum S. 266, die nach den Verkehrsbegriffen üblichen Erklärungsmittel; Leonhard, Irrthum S. 197, erachtet für entscheidend, ob der Gedanke in die nach dem Sprachgesetze zu seiner Bezeichnung bestimmten Worte eingekleidet und in diesen geäußert wurde. Eine *Legalbedeutung* hat das Wort „ausdrücklich" selbstverständlich im gemeinen Rechte nicht. Jeder Schriftsteller ist daher befugt, ihm einen bestimmten Sinn für seinen Gebrauch aufzuprägen. Gemeingültigkeit hat aber seine Auffassung nicht. Wie der Ausdruck in neueren Gesetzen zu interpretiren ist, muß aus dem besonderen Sprachgebrauche des Gesetzes und dem Zusammenhange entnommen werden. Vgl. Bekker Bd. 2 S. 72.

schäft als ihren Grund zurückweisen. Derartige Handlungen nennt man schlüssige — facta concludentia.[6]

Der Schluß kann ein logisch zwingender sein. Wer z. B. ohne Irrthum die Zinsen eines ausstehenden Kapitals für das folgende Jahr annimmt, willigt damit mittelbar, aber nothwendig in dessen Stehenbleiben für das nächste Jahr.[7]

Aber schlechthin erforderlich ist nicht, daß der Schluß logisch zwingend ist, vielmehr reicht aus, daß er empirisch begründet ist, d. h. der Lebenserfahrung entspricht.[8] Beispielsweise liegt in der Rückgabe des Schuldscheins an den Schuldner seitens des Gläubigers die Erklärung des Schulderlasses;[9] denn wer die Forderung geltend machen will, entäußert erfahrungsmäßig und verständigerweise sich nicht vorsätzlich des Schuldscheins über dieselbe.[10]

Gegen derartige auf Empirie gegründete Schlüsse steht zwar der Gegenbeweis offen, daß im gegebenen Falle eine andere Absicht bestand, z. B. daß man den Schuldschein nur zurückgab, weil der Schuldner an dessen Statt einen neuen, präciseren auszustellen versprochen, den er aber nicht ausgehändigt hat. Aber unzulässig ist der Beweis einer anderen Absicht getäuschten Betheiligten gegenüber, wenn man sie ihnen verschwieg, obgleich Treue und Glauben die Offenlegung gefordert hätten.[11]

Eine Reservation kann einen derartigen Gegenbeweis sichern.[12] Reservation ist ein Vorbehalt bei einer Handlung, durch welchen man eine uns nachtheilige Auslegung derselben ablehnt. — Allgemeiner ist der Begriff der Protestation. Man versteht hierunter

---

6) Stößel, die stillschweigende Willenserklärung, Zürich 1859. Ehrlich, stillschweigende Willenserklärung, mit reicher Casuistik 1893.

7) l. 57 pr. D. de pactis 2, 14.

8) So auch Regelsberger Bd. 1 S. 504. Andere Auffassungen hat Burckhard, civilistische Präsumtionen S. 270 ff. — Bloße Wahrscheinlichkeit reicht freilich nicht hin, vgl. Bekker Bd. 2 S. 77.

9) l. 2 § 1 D. de pactis 2, 14. Ein Fall stillschweigender Willenserklärung ist die pro herede gestio. Der zur Erbschaft Berufene, welcher Erbschaftsgeschäfte besorgt, z. B. Erbschaftsschulden bezahlt, Nachlaßsachen veräußert, erklärt damit seinen Willen, die Erbschaft zu erwerben, es sei denn, daß er nachweisbar andere loyale Zwecke damit verfolgt, z. B. für den abwesenden nächstberufenen Erben verwalten will, l. 20 pr. D. de a. vel o. her. 29. 2. Entsprechendes ist auch für die Annahme der Erbschaft nach B.G.B. § 1942 anzunehmen.

10) Die Römer sprechen nicht selten von stillschweigenden Willenserklärungen, um sich eine nach den Gesetzen eintretende Rechtswirkung theoretisch zurechtzulegen. Daß hierin nur der Versuch liegt, die reale Gestaltung der Rechtsverhältnisse mit römischen Grundanschauungen in Uebereinstimmung zu bringen, darüber vgl. oben S. 182.

11) Weiter geht Hartmann, Werk und Wille bei stillschweigendem Konsens im Archiv für civ. Praxis Bd. 72 Nr. 6. Siehe unten § 99.

12) l. 20 § 1 D. de a. vel o. her. 29, 2.

jede Verwahrung gegen die Wirkung von rechtlichen Thatsachen, welche unsere Rechte bedrohen.[13]

2. Eine interessante Frage ist, welche Rechtsfolgen bloßes Schweigen zu Anträgen und Erklärungen Anderer hat.[14]

Stillschweigen auf einen Antrag, Nichtzurücksendung unverlangt zur Ansicht und zum Kauf zugesendeter Waaren ist an sich keine Zustimmung.

Aber Stillschweigen gilt dann als Zustimmung, wenn Redlichkeit oder praktische Vernunft einen Widerspruch gefordert hätten, falls wir nicht einverstanden waren.[15]

Dies ist namentlich dann der Fall, wenn eine Geschäftsverbindung bestand und auch bisher Propositionen des anderen Theiles schweigend angenommen waren.[16] Erklärt uns ferner ein Mitkontrahent nach dem Geschäftsschluß, daß er den Vertrag in einer bestimmten Weise verstehe, ihn in einer gewissen Art ausführen wolle, so wird meist Treu und Glauben eine Gegenerklärung erheischen, wenn man sich nicht bei der kundgegebenen Auffassung beruhigen will; Schweigen gilt daher hier als Zustimmung.[17] Als Ueberlistung erscheint es auch, falls wir bei

13) Vgl. z. B. l. 1 §§ 3 und 4 D. de agnosc. et al. liberis 25, 3, l. 10 § 3 D. quae in fraudem 42, 8, l. 2 C. de annali exceptione 7, 40. In Rom vollzogen sich Protestationen durch private Denunciationen unter Zuziehung von Zeugen. Daher der Name. Nach heutigem Gebrauch bedient man sich bei der Protestation möglichst der Vermittelung des Gerichtes, beziehungsweise der Gerichtsvollzieher und der Notare. Bekker Bd. 2 S. 272.

14) Ueber die Rechtswirkung des Schweigens sagt l. 142 D. de R. J. 50, 17, Paulus libro 56 ad edictum: qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare. So abgerissen ist der Ausspruch zweideutig wie ein Orakelspruch. Er bezieht sich auf die confessio in jure, mit der sich auch ein anderes Bruchstück aus dem 56. Buche des Ediktskommentars von Paulus l. 1 D. de confessis 42, 2 beschäftigt. Der Sinn ist also: wer in jure auf die Klage schweigt, steht dem confessus in jure gleich. Eine allgemeine Bedeutung hat hiernach der Ausspruch nicht. Doch wiederholt ihn cap. 44 in 6to. de R. J. 5, 12. Es soll dies offenbar zur Abschwächung des vorhergehenden famosen cap. 43 dienen: qui tacet consentire videtur.

15) Auch nach B.G.B. ist dies anzunehmen. Heyne, de vol. tac. 1840. Savigny Bd. 3 S. 248 behaupten, es könne grundsätzlich bloßes Stillschweigen nicht als Einwilligung gelten: die Fälle, in welchen die Quellen etwas Anderes bestimmten, seien ganz positive „Ausnahmen", Theorie und Praxis daher nicht befugt, sie durch andere ähnliche Fälle zu vermehren. Aber jene angeblichen „Ausnahmen" sind Ausfluß von Grundsätzen, die eine allgemeine Anwendbarkeit haben. Dies ist neuerdings die überwiegende Ansicht geworden. Sie theilt auch R.O.H.G. Bd. 1 S. 81. Vgl. Hallwachs im Archiv f. prakt. R.W. Bd. 10 S. 225, Klemm, über die stillschweigende Verbindlichkeit zur Bezahlung unbestellter Waaren, Hanausek Fakturen 1891 S. 37, Ehrlich a. a. O. S. 173, Brinz, Pandekten Bd. 4 S. 273 ff., Raneletti, il silenzio nei negozi giuridici in der rivista italiana per le scienze giuridiche Bd. 13 S. 3 ff., insbes. S. 25, der im Wesentlichen mit uns übereinstimmt.

16) Wird eine bestellte Waare mit einer Rechnung, die vom Vertrage abweicht, übersendet, so ist Stillschweigen hierauf allein noch keine Zustimmung zu den von den früheren Abmachungen abweichenden Modalitäten, R.O.H.G. Bd. 5 S. 35.

17) So hat das R.O.H.G. oft erkannt, R.O.H.G. Bd. 1 S. 82, Bd. 19 S. 123.

einer Verhandlung schweigend gegenwärtig sind, bei welcher ein Dritter in unserm Namen Verbindlichkeiten übernimmt, die wir nicht wollen. Wir müssen uns daher gefallen lassen, daß dies Schweigen als Zustimmung ausgedeutet wird.[18] Anderenfalls würden wir uns selbst der Arglist bezichtigen.

IV. Willensmängel.

§ 99. Die Bedeutung des Willensmomentes.

Die Erklärung des Geschäftes muß mit den Vorstellungen des Erklärenden übereinstimmen.[1] Wort und Wille müssen sich decken.

Manche freilich wollen die Erklärung schlechthin entscheiden lassen, auch wenn sie des Willens bar ist. Doch das heißt den Zufall zum Herren machen statt planmäßiger Gestaltung.[2]

---

18) l. 4 § 3 D. de fidejuss. et nom. 27, 7. l. 12 D. de evict. 21, 2. Leichter ist Schweigen als Zustimmung anzusehen, wenn man bei der Erklärung eines Anderen gegenwärtig ist, ohne zu widersprechen, als wenn man in der Ferne von derselben Kunde erhält und schweigt. Allein dies alles hängt von der Würdigung des Falles ab. Vgl. l. 16 D. de S. C. Maced. 14, 16.

1) Natürlich handelt es sich hierbei um diejenige Vorstellung, zu welcher der Kontrahent schließlich und endgültig gelangte, nicht um Absichten, mit denen er an den Geschäftsschluß herantrat und von denen er sich mehr oder weniger abdrängen ließ: l. 8 C. de rescindenda venditione 4, 44. Diocletianus et Maximianus ... videlicet, si contractus emptionis atque venditionis cogitasses substantiam et quod emptor viliori comparandi, venditor cariori distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petierat detrahente, emtore autem huic, quod obtulerat addente ad certum consentiant pretium, profecto perspiceres neque bonam fidem, quae emptionis atque venditionis conventionem tuetur, pati, neque ullam rationem concedere rescindi propter hoc consensu finitum contractum ...

2) Vgl. oben § 91 Anm. 10. Die Frage des Verhältnisses zwischen Willen und Willenserklärung ist in der neueren Zeit Gegenstand zahlreicher und interessanter Erörterungen geworden. Die herrschende Meinung — die „Willenstheorie" — geht davon aus, daß die Erklärung ohne Willen ebenso wenig rechtliche Wirkung hat, wie der Wille ohne Erklärung. Sie haben im Wesentlichen festgehalten: Windscheid, Wille und Willenserklärung im Archiv für civ. Praxis Bd. 63 n. 3, Zitelmann in Iherings Jahrb. Bd. 16 n. 8, Scheiff, die Divergenz zwischen Wille und Erklärung, Inauguraldissertation, Bonn 1879. Eine entgegengesetzte Ansicht will der Erklärung, die mit dem Willen des Erklärenden nicht übereinstimmt, dann unbedingt Wirkung beilegen, wenn sie dem Mitkontrahenten als Ausdruck des Willens erschien und erscheinen konnte — s. g. Verkehrs-, oder Vertrauens-, oder Läsionstheorien. — Die Vertreter dieser Ansicht hat Windscheid a. a. O. S. 73 aufgeführt. Wir heben nur hervor: Bähr, über Irrungen im Kontrahiren in Iherings Jahrbüchern Bd. 14 n. 9, und Kohler ebendaselbst Bd. 16 S. 325 ff., vgl. auch Leonhard, Irrthum, insbesondere §§ 15 und 17, neuerdings Hollander, zur Lehre vom error. 1898. Einen vermittelnden, unseres Erachtens richtigen Standpunkt nimmt ein Gustav Hartmann in Iherings Jahrbüchern Bd. 20 n. 1. Dazu Eisele in Iherings Jahrb. Bd. 25 n. 10, Bd. 26 n. 5, Hartmann im Archiv f. civ. Praxis Bd. 72 S. 162. Vgl. auch Graf Pininski, Sachbesitzerwerb 1885 ff. Bd. 2 S. 281, Bekker Bd. 2 S. 64. — Das B.G.B. steht grundsätzlich auf dem Standpunkt der Willenstheorie — anderer Ansicht Cosack, bürg. R. Bd. 1 § 64 — jedoch mit erheblichen praktischen Modifikationen.

Allerdings gilt das Erklärte als gewollt. Es bedarf des Gegenbeweises aus anderen Thatsachen, um darzuthun, daß der Wille fehlte. Und nicht immer ist dieser Gegenbeweis rechtlich gestattet. Handelt es sich doch darum — dies ist der Hauptfall — anzukämpfen gegen die eigenen Worte. Dem Tüchtigen und Redlichen aber ist sein Wort ehrwürdig. Auf dem Halten seines Wortes beruht das Vertrauen zu seiner Persönlichkeit, sein moralischer und ökonomischer Kredit.

In dieser Hinsicht unterliegen liberale und letztwillige Zuwendungen anderer Beurtheilung als Verkehrsgeschäfte.

Bei liberalen Zuwendungen und letztwilligen Verfügungen ist der Nachweis mangelnden Willens schlechthin gestattet; es ist für den anderen Theil unanständig, wenn er sich gegen den Willen des Verleihenden, gestützt auf das bloße Wort, Vortheile anzumaßen sucht.

Die Verleugnung eines Verkehrsgeschäftes wegen Mangels des Willens steht dagegen nicht frei, wenn sie dem Anstande und tüchtiger Gesinnung widerspricht,[3] vor allem wenn der Erklärende selbst Schuld daran ist, daß der andere Theil durch die falsche Erklärung getäuscht wurde.

Man kann sich hiernach unbedingt darauf berufen, daß zur Zeit der Erklärung die Fähigkeit zu klaren Vorstellungen durch Krankheit[4] oder daß die Selbständigkeit des Willens durch Hypnose[5] behindert war. Trunkenheit kann man vorschützen, wenn sie das Bewußtsein raubte oder doch die Einsicht in die Bedeutung des Geschäfts erheblich verdunkelte. Denn solche Trunkenheit muß der andere Theil bemerken.[6]

---

3) Diese Auffassung tritt zu Tage in l. 12 D. de transactionibus 2, 15 Celsus libro 3 Digestorum . . . si tamen postea codicilli proferuntur non improbe mihi dicturus videtur de eo dumtaxat se cogitasse, quod illarum tabularum, quas tunc noverat, scriptura contineretur. Auf diese Aeußerung hat namentlich Hartmann a. a. O. S. 55 aufmerksam gemacht. — Nur mit der hieraus sich ergebenden Beschränkung sind die Stellen zu verstehen, welche auf den Willen Gewicht legen, z. B. l. 3 D. de rebus dubiis 34, 5, § 23 J. de inutilibus stipulationibus 3, 19, l. 5 C. plus valere 4. 22.

4) Es kommt vor, daß man im Nervenfieber scheinbar klar und bewußt Erklärungen abgiebt, von denen man im gesunden Zustande hinterher nicht das Geringste weiß. Solche Erklärungen sind nichtig. Dies ist auch dann der Fall, wenn sie gerichtlich aufgenommen wurden, und wenn das Gericht das Vorhandensein des Bewußtseins nach dem Anschein konstatirt hat. Anders Leyser med. vol. V. sp. 348 II.

5) Vgl. auch v. Bentivegni, die Hypnose und ihre civilrechtliche Bedeutung, Leipzig 1890.

6) Die Rechtsquellen sprechen sich über die in der Trunkenheit geschlossenen Geschäfte nicht aus. Man pflegt einige allgemeine Betrachtungen des kanonischen Rechts anzuführen, insbesondere can. 7 caus. XV qu. 1 „nesciunt quid loquantur, qui nimio vino indulgent, jacent ut sepulti“ und cap. 14 X de vit. et honest. cler. 3, 1 „cum ebrietas et mentis inducat exilium“. Hieraus ergiebt sich für unsere Frage wenig oder nichts. Bei der Beurtheilung ist die Lage des einzelnen Falles

Auf unentschuldbare Zerstreutheit, welche der andere Theil nicht erkennen konnte, kann man sich bei Verkehrsgeschäften nicht berufen.[7]

Unzulässig ist ferner die Berufung auf eine reservatio mentalis, d. h. den dem Mitkontrahenten verschwiegenen Vorbehalt, nicht zu wollen was man erklärt, es sei denn, daß dieser das Fehlen des Willens kannte oder hätte erkennen müssen.[8]

Die Einwendung eines Scherzes ist bei Verkehrsgeschäften zu beachten, wenn der Mitkontrahent an ihm Theil nahm, oder wenn der Scherz aus den Umständen des Falles oder dem Inhalte des Erklärten erkennbar war. Das Gleiche gilt von Erklärungen, die ersichtlich bloß aus Prahlerei geschehen, ohne in ernsthaften Verkehrsmotiven zu beruhen.[9 10]

Von zwei Extremen haben wir uns hiernach frei zu halten. Wir dürfen der äußerlichen Auffassung nicht nachgeben, als sei das Erklärte schlechthin maßgebend, ohne Rücksicht darauf, ob es der Absicht des Erklärenden entspricht. Aber auch die einseitige Betonung des Willens führt auf Abwege, falls hierbei nicht gewürdigt wird, welches Gewicht das Wort für den Verkehr und die Rechtssicherheit hat.

---

von Bedeutung, da sich die Grade der Trunkenheit nicht bestimmt abzirkeln lassen. Eine bloße Erhöhung der Stimmung durch geistige Getränke begründet keine Anfechtung; ist sie aber vom Mitkontrahenten künstlich hervorgerufen, so ist exceptio und actio doli zulässig, Leyser vol. I spec. 59 med. 3.

7) Ueber die Behauptung, daß ein Zerstreuter, welcher sich verspricht oder verschreibt, im Zustande momentaner Besinnungslosigkeit handle und daß daher derartige Akte nicht verbindlich seien, vgl. Leonhard, Irrthum S. 141.

8) Vgl. B.G.B. § 116. Ueber Mentalreservation siehe Savigny Bd. 3 S. 259, Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 16 n. 2 und n. 9, Scheurl im Arch. f. civ. Prax. Bd. 78 n. 10. Ueber das cap. 26 X de sponsal. 4, 1 insbesondere vgl. Scheurl a. a. O. S. 346, Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 185, Hinschius im Arch. f. civ. Praxis Bd. 83 n. 4. Die Mentalreservation entspringt nicht immer der Absicht zu täuschen, vgl. Gruchots Beiträge Bd. 35 S. 396.

9) l. 3 § 2 D. de obl. et act. 44, 7. Paulus libro 2 institutionum. Verborum quoque obligatio constat, si inter contrahentes id agatur: nec enim si per jocum puta vel demonstrandi intellectus causa ego tibi dixero spondes? et tu responderis spondeo, nascetur obligatio. Varro de lingua latina 6, 72. Ein interessantes Beispiel findet sich R.G. Bd. 8 S. 248 ff. Vgl. auch Seuffert Archiv Bd. 16 n. 217, Bd. 32 n. 231. B.G.B. § 118 erklärt: Eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, ist nichtig.

10) Nicht selten ist die Fassung der Urkunde über ein Geschäft ungenau, weil die Betheiligten nicht im Stande waren, ihren Gedanken völlig präcis auszudrücken, oder weil sie der Kürze halber nur die Hauptpunkte hervorheben wollten. Dann gilt gleichwohl das mündlich Vereinbarte; eine Ausbeutung der Fassung der Urkunde durch einen der Kontrahenten gegen die Vertragsabsichten ist nicht zu gestatten. l. 36 D. de verb. obl. 45, 1; Bähr, Urtheile des Reichsgerichtes S. 103. — Ganz anders liegt der Fall, wenn die Urkunde geradezu anderes feststellte, als vorher mündlich verabredet war. Dann ist der Inhalt der Urkunde, welche die letzte Willensäußerung der Betheiligten bildet, maßgebend, vorbehaltlich der Einwendung von Betrug, Irrthum, Simulation, Zwang.

§ 100. Simulirte, dissimulirte, fiduciarische Geschäfte.

1. Simulirte Geschäfte sind zum Scheine geschlossene.[1] Die Scheinkontrahenten sind darüber einig, nicht zu wollen, was sie nach außen hin vorgeben.[2] Sie wollen entweder kein Geschäft oder ein Geschäft anderer Art oder ein Geschäft derselben Art, aber unter anderen Modalitäten als das vorgegebene. Simulirte Geschäfte sind nichtig.

Auf simulirte Geschäfte können sich daher die Kontrahenten in keiner Hinsicht stützen.[3] Wer ferner sonst ein rechtliches Interesse dabei hat, kann die Simulation aufdecken und das Geschäft als nichtig bekämpfen. Besonders häufig sind Scheinveräußerungen der Habe eines Schuldners, um diese dem Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen. Die Gläubiger des Scheinveräußerers können die Pfändung oder Subhastation der zum Scheine veräußerten Objekte durchführen, wenn sie die Simulation darthun können.[4]

Auch der Simulant seinerseits kann die Simulation gegen seinen Mitkontrahenten und gegen Dritte geltend machen, welche die Simulation kannten, trotzdem aber Rechte auf das simulirte Geschäft stützen.[5] Dritte aber, die im Vertrauen auf die Echtheit des simulirten Geschäftes mit dem Scheinkontrahenten in Verhandlung traten, können durch den späteren Nachweis der Scheinnatur nicht leiden. Wenn also der Scheinkäufer die zum Schein gekaufte Sache an einen gutgläubigen Erwerber

---

1) Savigny Bd. 3 § 132; Kohler, Mentalreservation und Simulation in Iherings Jahrbüchern Bd. 16 n. 2 und n. 7 und daselbst Bd. 28 S. 166, Archiv f. civ. Praxis Bd. 80 S. 143 Anm. 1.

2) Von anderer Art sind die „typischen Scheingeschäfte" des älteren römischen Rechtes. Es gehörte dahin das Mancipationstestament, die in jure cessio. Die Rechtsakte wurden hierbei zu anderen Zwecken verwendet, als diejenigen waren, welche geäußert wurden. Dies beruhte auf dem Formalismus und dem Bedürfniß der Notorietät, nicht auf Schein, denn getäuscht wurde Niemand. Vgl. Ihering, Geist Bd. 2 § 46, 4. Auflage S. 529, und Bd. 3 § 58 S. 274.

3) Ebenso B.G.B. § 117. Verbotsgesetze durch simulirte Geschäfte zu umgehen, waren die Römer sehr geneigt; so die Strafen der Ehelosigkeit durch simulirte Ehen, l. 30 D. de ritu nuptiarum 23, 2, das Verbot der Schenkung unter Ehegatten durch scheinbare Kaufgeschäfte, l. 5 § 5, l. 7 § 6 D. de don. i. v. et u. 24, 1, l. 36, l. 38 D. de contr. emt. 18, 1. vgl. l. 4 § 5 D. de in diem addict. 18, 2.

4) Zwei Fälle sind zu unterscheiden. a) Der Schuldner behielt auch nach der Veräußerung die Gewahrsam der zum Schein veräußerten Objekte. Dann sind die Gläubiger befugt, die Sachen unmittelbar zu ihrer Befriedigung in Anspruch zu nehmen, insbesondere zu pfänden. Treten die Scheinerwerber intervenirend auf, so werden sie durch den Einwand der Simulation zurückgewiesen. b) Die Scheinerwerber haben die Gewahrsam der zum Schein veräußerten Objekte erlangt. Hier machen die Gläubiger der Exekution in dieselben freie Bahn, wenn sie durch Feststellungsklage — § 256 C.P.O. — zur Anerkennung bringen, daß der Scheinerwerber auf Grund eines Scheingeschäftes für ihren Schuldner besitzt. R.G. Bd. 4 S. 252.

5) l. 54 D. de obl. et act. 44, 7. Tit. Cod. 4. 22 plus valere, quod agitur quam quod simulate concipitur. l. 5, l. 6 C. si quis alteri 4, 50.

weiter veräußert, so wird dieser Eigenthümer; der Scheinverkäufer kann ihm gegenüber nicht vindiciren.[6] [7]

2. Das simulirte Geschäft verdeckt nicht selten ein ernstlich gemeintes. Solche verdeckte Geschäfte nennt man dissimulirte. Es wird beispielsweise der Kaufpreis in der Schrifturkunde über ein Kaufgeschäft niedriger angegeben, als vereinbart ist, um Stempelbeträge zu sparen, oder er wird in höherem Betrage niedergeschrieben, als vereinbart ist, um dem Käufer die Weiterveräußerung zu dem höheren Preise zu erleichtern. Das dissimulirte Geschäft ist gültig, wenn es den gesetzlichen Voraussetzungen der Geschäfte seiner Art entspricht.[8]

3. Mit den simulirten Geschäften sind die fiduciarischen nicht zu verwechseln. Bei den fiduciarischen Geschäften ist das Verhältniß nach außen und nach innen verschieden. Wir geben hierbei dem Fiduciar nach außen hin die Stellung des Eigenthümers unserer Sache oder des Gläubigers einer uns zustehenden Forderung und verschaffen ihm hierdurch die volle Legitimation zur Geltendmachung unseres Rechtes. Nach innen bleibt aber der Fiduciar bloßer Bevollmächtigter; die Sache beziehungsweise die Forderung ist für ihn im Verhältniß zum Vollmachtgeber eine fremde.[9] Wenn daher der Fiduciar seine Vertrauensstellung

---

6) Die Auffassung, die ich bereits in den älteren Auflagen meines Preuß. Privatrechtes Bd. 1 § 104 Anm. 10 vertheidigte, hat im Wesentlichen Zustimmung gefunden bei Kohler a. a. O. S. 128; Hartmann in Iherings Jahrb. Bd. 20 S. 3 ff.; Leonhard, Irrthum S. 136; Enneccerus, Rechtsgeschäft Bd. 1 S. 100. Regelsberger Bd. 1 § 141 Anm. 12 will ihn auf entgeltlichen Erwerb beschränken. Zweifelnd verhält sich Windscheid Bd. 1 § 75 Anm. 3. Es ist zuzugeben, daß sich der Satz aus den Quellen nicht besonders belegen läßt. Aber in Rom stand seit Alters nur fest, daß simulirte Geschäfte nicht zur Umgehung der Gesetze dienen könnten. Es war offenbar bestritten, ob sich der Simulant überhaupt seinerseits auf die Nichtigkeit des Geschäftes berufen könne. Dies wurde durch zahlreiche Restripte festgestellt. Daß sich der Simulant aber auch dritten redlichen Erwerbern gegenüber auf die Simulation berufen kann, wird nirgends ausgesprochen. Das Gegentheil erschien wohl als selbstverständlich. Es ist insbesondere nicht zu bezweifeln, daß der Schuldner befreit wird, wenn er einem durch simulirte Cession scheinbar Legitimirten zahlt. Vgl. R.O.H.G. Bd. 24 S. 324, R.G. Bd. 20 S. 340. B.G.B. enthält keinen entsprechenden allgemeinen Satz.

7) Kohler a. a. O. nimmt an, die Einrede der Simulation gegen eine Ehe sei unzulässig. Man denke aber, eine Dame der Demimonde schließe, um einen Namen zu gewinnen, eine simulirte Ehe. Dritten kann die Simulation keinesfalls entgegengestellt werden. Will jedoch der Scheinehemann trotz der Simulation Rechte als Ehemann, z. B. Erbrechte, geltend machen, so wird ihm die Einrede der Simulation entgegenstehen, vgl. l. 30 D. de ritu nupt. 23, 2. Vgl. jedoch Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 167, Regelsberger Bd. 1 § 141 Anm. 10, O.L.G. Hamburg in Seuff. Arch. Bd. 53 n. 90. Nach B.G.B. §§ 1323 ff. ist die simulirte Ehe gültig.

8) l. 3 C. de contr. empt. 4, 38, l. 2, l. 4 C. plus valere 4, 22. R.G. Bd. 15 S. 293.

9) Wir behaupten nicht, daß diese Konstruktion dem römischen Rechte angehört. Sie hat sich im heutigen Rechte ausgebildet, welches die Verhältnisse nach innen und nach außen häufig scharf sondert. Fiduciarische Geschäfte solcher Art bilden

mißbraucht, indem er das Anvertraute zu eigenem Nutzen verwendet, so begeht er eine Unterschlagung.[10] Geräth er in Konkurs, so kann der Vollmachtgeber richtiger Ansicht nach das fiduciarisch weggegebene Aktivum aus der Konkursmasse vindiciren.[11]

§ 101. Geschäftsirrthum.[1] Einleitung.

Irrthum bewirkt nicht selten den äußerlichen Abschluß von Geschäften, welche die Betheiligten in der That nicht wollten.[2]

Dies geschieht in verschiedener Weise. Es kann sein, daß die eigene Erklärung mit der Absicht des Erklärenden nicht übereinstimmt. Man unterschreibt z. B. ungelesen einen vorgelegten Kaufvertrag, den man für einen Pachtvertrag hält.[3] Es kommt ferner vor, daß sich die beiderseitigen Erklärungen der Kontrahenten nicht decken, während scheinbar eine Einigung erzielt ist. Es kann die Willenserklärung des einen Theiles falsch ausgerichtet werden; man beauftragt z. B. einen Banquier durch Telegramm mit dem Verkauf von Inhaberpapieren, die Telegraphenanstalt meldet aber einen Auftrag zum Ankauf.[4] Auch Gegenwärtige mißverstehen sich zuweilen, sie tauschen übereinstimmende

---

namentlich oft Cessionen von Forderungen, behufs deren Einklagung, Uebermachung von Wechseln zum Inkasso mit Vollindossament. A.A. Lang im Arch. f. civ. Prax. Bd. 83 S. 343. Vgl. auch Dreyer in Gruchot's Beitr. Bd. 40 S. 233, 449.

10) R.G. in Strafsachen Bd. 3 S. 344.

11) Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 16 S. 353, Regelsberger Bd. 1 § 141 Anm. 14. A.A. Lang a. a. O. S. 342.

1) H. Richelmann, Einfluß des Irrthums auf Verträge 1837; Savigny Bd. 3 § 135. Neuerdings Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft, eine psychologisch-juristische Untersuchung 1879 und Leonhard, Irrthum bei nichtigen Verträgen 1882 und im Archiv f. civ. Praxis Bd. 72 n. 2, dazu Lotmar, krit. Vierteljahrsschrift Bd. 25 S. 368, Bd. 26 S. 220, Ryck in den Festgaben für Beseler 1885 S. 119, Unger in Grünhuts Zeitschrift Bd. 15 S. 673, Ofner ebendaselbst Bd. 17 S. 331, Affolter im Arch. f. bürg. R. Bd. 6 n. 10, Hollander, zur Lehre vom error 1898. Vgl. auch Pfersche, die Irrthumslehre des österreichischen Privatrechts. 1891.

2) Nur von Fällen eines dem äußeren Anscheine nach vorhandenen Geschäftsschlusses, welcher entkräftet werden soll, ist im Folgenden die Rede. Ganz anders liegen Fälle, in welchen ein Geschäft auch nicht einmal scheinbar geschlossen ist, z. B. A. und B., die schwerhörig sind, verhandeln mündlich, A. erklärt den Willen, eine Sache zu verkaufen, B. dieselbe zu miethen. Beide mißverstehen sich, der Dissens liegt den Zuhörern offen zu Tage. Hier kann weder A. noch B. eine Klage begründen; es fehlt selbst an dem Anscheine des Konsenses. Auf den Irrthum und seine Qualität kommt es hier nicht an.

3) l. 5 C. plus valere quod agitur 4, 22. Diocletianus et Maximianus. Si falsum instrumentum emptionis conscriptum tibi, velut locationis quam fieri mandaveras, subscribere, te non relecto, sed fidem habente, suasit, neutrum contractum in utroque alterutrius consensu deficiente constitisse procul dubio est.

4) Vgl. Windscheid Bd. 2 § 309 Anm. 5 und dort Angeführte.

Erklärungen aus, aber der eine verbindet mit ihnen einen ganz anderen Sinn als der Gegentheil.[5]

Irrthum solcher Art wollen wir *Geschäftsirrthum* nennen. Derselbe kann die Nichtigkeit des Geschäfts begründen. Der letzte Grund der Nichtigkeit liegt aber nicht im *Irrthum*, sondern in dem *Fehlen des Geschäftswillens*. Seine Aufdeckung macht nur den Mangel des Willens erkennbar.

Savigny unterscheidet *echten* und *unechten* Irrthum. Er nennt den Irrthum einen echten, welcher *positiver Grund einer Rechtswirkung* ist. Dies ist z. B. der Fall beim Irrthum über das Bestehen einer Schuld, welcher zu einer Zahlung führte, und aus welchem die condictio indebiti erwächst. Den Irrthum, welcher einen *Zwiespalt zwischen Willen und Erklärung veranlaßt* — den Geschäftsirrthum bezeichnet Savigny als unechten.[6]

Diese Terminologie ist nicht empfehlenswerth. Auch der Geschäftsirrthum ist echt, er ist wesentlich. Es ist verwirrend, wenn man ihn als einen unechten bezeichnet.

Die Schlüsse, welche Savigny aus seiner Unterscheidung zieht, sind von großer Bedeutung. Er folgert aus denselben, daß es auf *Entschuldbarkeit* oder Unentschuldbarkeit des *Geschäftsirrthumes* nicht ankommen könne. Allerdings sei zu tadeln, wer aus grober Unaufmerksamkeit die Proposition eines Anderen falsch auffasse und ihr in solchem Mißverständniß beitrete. Aber es fehle nun einmal der übereinstimmende Wille. Ohne Willensvereinigung aber sei ein Vertrag nicht denkbar.

Die Auffassung Savignys wäre unwiderleglich, wenn eine philosophische oder mathematische Aufgabe in Frage stände. In der That aber handelt es sich um ein praktisches Problem, welches nicht nach rein abstrakten Gesichtspunkten zu lösen ist. Ein Geschäft liegt wenigstens scheinbar vor: dasselbe muß erst aus dem Wege geräumt werden. Hiermit ist es nicht leicht zu nehmen.

Nur wer entschuldbar irrte, kann ein zweiseitiges Geschäft wegen Irrthumes anfechten. Denn es ist eine allgemeine Regel des römischen Rechtes, daß man sich nur auf entschuldbaren Irrthum berufen kann.[7]

---

5) R.O.H.G. Bd. 11 S. 172.

6) Savigny a. a. O. S. 264, 444.

7) Vgl. oben § 87. Dafür, daß nur entschuldbarer Geschäftsirrthum berücksichtigt wird, spricht l. 15 § 1 D. de contr. empt. 18, 1. Paulus libro 5 ad Sabinum: ignorantia emptori prodest, quae non in supinum hominem cadit. Denn Paulus handelte in diesem Buche — vgl. auch l. 10 D. eod. — von Irrthum beim Geschäftsschluß. Vermittelnd ist Brinz Bd. 4 § 526 S. 43. Viele nehmen an, wer unent-

Keine Andeutung findet sich davon, daß in dem wichtigen Falle des Geschäftsirrthumes diese Regel außer Anwendung blieb. Ihr Grund, daß sonst Leichtsinn und oberflächliches Wesen begünstigt würde, trifft auch beim Geschäftsirrthum zu.[8]

§ 102. Wesentlicher und unwesentlicher Geschäftsirrthum.

Wir nennen den Geschäftsirrthum *wesentlich*, wenn durch ihn die *Nichtigkeit des Geschäftes begründet wird*, *unwesentlich*, wenn dies *nicht der Fall* ist. Irrthum, welcher in diesem Sinne unwesentlich ist, hat oft in anderer Hinsicht rechtliche Bedeutung. Er kann namentlich bei Ansprüchen wegen Betruges, sowie bei den ädilicischen Klagen wegen verborgener Mängel in Betracht kommen.

Der wesentliche Irrthum muß

1. *entschuldbar* sein.

2. Er muß *sachlicher Natur* sein. Nicht in Betracht zu ziehen ist bloßer Irrthum über Namen und Bezeichnungen.[1]

3. Der Irrthum muß das *Geschäft* selbst betreffen. Unzweifelhaft ist der Irrthum in bloßen *Bewegungsgründen* unwesentlich.[2] Oft ist es aber schwierig zu entscheiden, ob ein Irrthum zur einen oder zur anderen Kategorie gehört.

4. Es ist endlich *Erheblichkeit* des Irrthums erfordert.

Der Irrthum muß endlich von solchem Gewicht sein, daß man nach den Auffassungen des Verkehres und nach der Erfahrung annehmen kann, der Irrende hätte das Geschäft nicht geschlossen, wenn er das Sachverhältniß gekannt hätte.

Die Rechtssicherheit wäre auf das Aeußerste gefährdet, wenn man

---

schuldbar irrte, sei zum Ersatz des s. g. negativen Vertragsinteresses verpflichtet — vgl. hierüber unten Bd. 2 § 10 — der Vertrag sei aber wegen Mangels des Willens nichtig. So Enneccerus, Rechtsgeschäft Bd. 1 S. 101. Vgl. Unger Behandlung des wesentlichen Irrthums in Grünhuts Zeitschrift Bd. 15 n. 13.

8) Nach B.G.B. kommt es auf Entschuldbarkeit des Irrthums nicht an; wer aber ein Rechtsgeschäft wegen Irrthums anficht, wird dem andern Theil schadensersatzpflichtig, es sei denn, daß dieser den Irrthum hätte erkennen müssen.

1) l. 9 § 1 D. de contr. empt. 18, 1. Ulpianus libro 28 ad Sabinum. Plane si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est. quin valeat emptio et venditio. l. 32 D. de verb. obl. 45, 1. Dennoch giebt es Fälle, in welchen der bloße Name von Bedeutung ist. Es wird z. B. ein Bild als „echter Rafael" verkauft, welches bloße Copie ist. Ueber Irrthum im Gemäldehandel Kohler Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 256.

2) Hierüber ist man einig. Nur ist ein Vorbehalt bezüglich der Motive letztwilliger Verfügungen zu machen, welcher bei diesen zu erörtern ist. Um so bestrittener ist, was unter den Bewegungsgründen zu verstehen ist. Wir haben unsere Ansichten oben § 94 entwickelt; ganz andere Auffassungen gewinnt Zitelmann a. a. O. namentlich S. 414 ff. Vgl. auch Leonhard a. a. O. S. 258.

wegen eines jeden untergeordneten Irrthumes über Geschäftsbestandtheile Nichtigkeit des Geschäftes geltend machen könnte.[3] Die richtige Grenze jedoch zwischen dem erheblichen und dem nicht erheblichen Irrthum ist nicht leicht zu ziehen. Die römische Jurisprudenz suchte einen Anhalt in äußeren Momenten. Sie ist dabei nicht durchweg zu befriedigenden und folgerechten Resultaten gelangt. Die neuere gemeinrechtliche Jurisprudenz mußte daher in der Ausbildung des Einzelnen zum Theil selbständige Wege gehen.[4]

Wir fassen im Folgenden vorzugsweise die gegenseitigen lästigen Verträge in das Auge.

a) Erheblich ist der Irrthum über die Art des Geschäftes,[5] — z. B. wenn der eine Kontrahent schenken, der andere ein Darlehen nehmen will. Sind dagegen die Kontrahenten über die Geschäftsbedingungen einig, und irren sie nur über die juristische Charakterisirung des Geschäftes, so ist dies unerheblich.

b) Erheblich ist der Irrthum über die Identität des Mitkontrahenten.[6] Das heutige Verkehrsleben kennt jedoch zahlreiche Geschäfte, z. B. Verkäufe auf baar, welche in der Regel mit jedermann

3) Mit Recht bemerkt Ryck a. a. O. S. 141, daß oft Ausführungsmodalitäten, und selbst gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften von Personen oder Sachen, nach dem Maßstabe des Hauptzweckes des Geschäfts gemessen, völlig bedeutungslos sind. Er führt als Beispiel an, daß beim Ankauf einer Maschine irrthümlich Eigenschaften vorausgesetzt werden, die nach den bisherigen Erfahrungen allgemein als unentbehrlich zur Brauchbarkeit galten, während sie nach einer neuen Konstruktionsart überflüssig sind, da ihr Mangel weder den Gebrauch hindert, noch Kosten verursacht. Aber gerade dies Beispiel zeigt, daß die Frage der Erheblichkeit nach objektiven Kriterien, nicht nach den angeblichen Intentionen zu prüfen ist.

4) Leonhard a. a. O. stellt den Satz auf: die Erheblichkeit des Irrthumes über einen Umstand für die Gültigkeit eines Vertrages hängt nicht von der Beschaffenheit dieses Umstandes an sich ab, sondern von der Bedeutung, welche die Parteierklärungen ihm beilegten, ob sie also die Richtigkeit eines Umstandes ausdrücklich oder stillschweigend zur Geschäftsbedingung machten. Dieses Princip verweist uns auf die subjektiven Absichten der Betheiligten, aber diese sind, weil sie eben im Irrthum befangen waren, meist nicht zu erkennen. Deswegen hat eben das Recht objektive Kriterien darüber aufgestellt, ob ein Irrthum erheblich ist oder nicht.

5) l. 18 D. de r. cr. 12, 1, l. 36 D. de a. r. d. 41, 1, Zitelmann S. 528 ff., Leonhard S. 472.

6) Die römischen Juristen haben einem derartigen Irrthum in weitem Maße Erheblichkeit beigemessen. Sehr merkwürdig ist in dieser Hinsicht eine Entscheidung von Celsus libro 5 digestorum l. 32 D. de r. cr. 12, 1: Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere jusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi — hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest — sed quia pecunia mea, quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est. Die hier erwähnte condictio pflegt man nach Juventius Celsus die Juventiana zu nennen. Ueber die Frage, wann Irrthum über die Identität der Person vorliegt, vgl. die scharfsinnigen aber sehr abstrakten Ausführungen Windscheids Bd. 1 § 76a, sowie Brinz Bd. 4 § 526.

ohne Unterschied geschlossen werden. Bei solchen Geschäften kommt eine falsche Vorstellung über die Persönlichkeit des anderen Theiles nicht in Betracht.

Irrthum über die Eigenschaften des anderen Theiles ist unerheblich,[7] sofern sie denselben nicht gerade individualisiren.

c) Irrthum über die Identität des Geschäftsobjektes ist erheblich.[8]

Ob auch Irrthum über Eigenschaften des Gegenstandes des Geschäftes[9] erheblich sei, war bei den Römern bestritten. Die herrschende Ansicht nahm dies an, falls man sich über die stoffliche Zusammensetzung einer gekauften Sache total getäuscht hatte — error in substantia.[10] Der Stoff also galt als das entscheidende Merkmal.[11] Diese Lösung war eine äußerliche, sie wäre vom Stand-

7) Siehe l. 14 § 3 D. de in diem addictione 18, 2, vgl. B.G.B. § 119 Abs. 2. Gültig war hiernach in Rom selbst ein Geschäft mit einem Sklaven, den man für einen Freien hielt, obgleich es den Sklaven nur naturaliter verpflichtete. Ueber Irrthum bezüglich der Person des anderen Theils bei der Eheschließung siehe unten Bd. 3 § 9.

8) l. 9 pr. D. de contr. emptione 18, 1. Ulpianus libro 29 ad Sabinum ... si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est, idem est, si ego me Stichum tu Pamphilum absentem vendere putasti, nam cum in corpore dissentiatur, apparet nullam esse emptionem. l. 34 pr. D. de a. vel a. p. 41. 2, l. 2 § 6 D. pro emptore 41. 4. Nicht erheblich ist der Irrthum über bloße „Zugaben" zum Kaufobjekt l. 34 pr. D. de contr. empt. 18, 1.

9) Unter Eigenschaften versteht man die objektive Beschaffenheit einer Sache und die Beziehungen, welche sich an sie anschließen, z. B. der Miethsertrag eines Hauses. Die Angabe des Werthes einer Sache bildet ein vergleichendes Urtheil, nicht die Behauptung von Eigenschaften; vgl. R.O.H.G. Bd. 22 S. 392; Goldschmidt, Handelsrecht Bd. 2 S. 79.

10) Ueber „error in substantia" u. A. Savigny Bd. 3 S. 276, Bruns kl. Schriften Bd. 2 S. 484, Bechmann, Kauf Bd. 2 S. 450, Bode, error in subst. Gött. Jn.Diss. 1888.

11) Ulpianus libro 28 ad Sabinum, l. 9 § 2 D. de contr. empt. 18, 1. Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro vel plumbum pro argento vel quid aliud argento simili, an emptio et venditio sit. Marcellus scripsit libro sexto digestorum emptionem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum. ego in vino quoque consentio, quia eadem prope *ovoía* est, si modo vinum acuit: ceterum si vinum non acuit, quod ab initio acetum fuit ut embamma, aliud pro alio venisse videtur, in ceteris autem nullam venditionem esse puto, quotiens in materia erratur. l. 11 pr. D. eod. Alioquin quid dicemus, si caecus emptor fuit vel si in materia erratur vel in minus perito discernendarum materiarum? in corpus eos consensisse dicemus? et quemadmodum consensit, qui non vidit? § 1. Quod si ego me virginem emere putarem, cum esset jam mulier, emptio valebit: in sexu enim non est erratum. ceterum si ego mulierem venderem, tu puerum emere existimasti, quia in sexu error est, nulla emptio, nulla venditio est. Hiernach galt als erheblich bei Sklaven error in sexu, bei Objekten anderer Art error in substantia. Hiermit stimmt überein, daß Paulus in der l. 21 § 2 D. de act. empt. 19, 1 nach der unzweifelhaft richtigen Lesart der Florentina den Kauf für gültig

punkte der heutigen Naturwissenschaft kaum noch praktisch durchführbar. Die neuere Jurisprudenz erachtet daher den Irrthum über Eigenschaften dann als wesentlich, wenn vermöge der irrig vorausgesetzten Eigenschaft nach den im Verkehre herrschenden Begriffen die Sache zu einer anderen Art von Sachen gerechnet werden müßte, als wozu sie wirklich gehört. Die Verschiedenheit des Stoffes ist hierzu weder nothwendig noch stets hinreichend.[12 13]

Außerdem ist der Irrthum über solche Eigenschaften erheblich, welche beim Geschäftsschluß ausdrücklich als wesentlich bezeichnet wurden.[14]

Mißverständniß der Kontrahenten über den Betrag der zu leistenden Summe kann die Willensübereinstimmung in Frage stellen und erheblich sein. Unter Umständen aber schließt das Mißverständniß den Konsens nicht aus. Hat der Verkäufer ein Geringeres als Kaufpreis gefordert, der Käufer bewilligt mißverstehend ihm einen höheren Preis, so liegt Einverständniß über die geringere Summe vor, welche der Käufer in der höheren Summe zugesagt hat.[15 16]

---

erklärt, wenn jemand ordinäre Tische, z. B. tannene statt solcher aus feinsten Nadelhölzern, kaufte, trotzdem daß beide verschiedenen Verkehrsfunktionen, zum Luxus, zum bürgerlichen Gebrauch dienten, daß Ulpian und Paulus in l. 10, l. 14 D. de contr. empt. 18, 1 den Kauf eines Gefäßes für gültig erachten, welches der Käufer für ein ungemischt goldenes hielt, sofern es nur etwas Gold enthielt, daß endlich nach der l. 45 D. de contr. empt. 18, 1, wie Marcian unter Anführung vieler Autoritäten entscheidet, der Kauf alter Kleider statt vermeinter neuer gültig ist, und selbst der Kauf von Messing — auricalcum — statt Gold zu Recht besteht, da man Messing nicht als substantiell verschieden von Gold ansah. Vgl. die älteren Auflagen meines Preuß. Priv.R. Bd. 1 § 108; ähnlich Zitelmann a. a. O. S. 566; siehe freilich auch Leonhard a. a. O. S. 449.

12) Diese Sätze, welche Savigny a. a. O. S. 283 mit der ihm eigenen juristischen Intuition aufstellte, sind in die Praxis übergegangen R.O.H.G. Bd. 7 S. 14, Bd. 22 S. 391, R.G. Bd. 19 S. 260. Auch nach B.G.B. § 119 Abs. 2 wird die Anfechtbarkeit begründet durch Irrthum über Eigenschaften „die im Verkehr als wesentlich angesehen werden" unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Irrenden. Abweichend Eck, Vorträge Heft 1 S. 46.

13) Gültig sind Pfandgeschäfte und Stipulationen, wenn auch der Erwerber über die Eigenschaften der Sache irrte, wenn er z. B. das verpfändete bronzene Gefäß für ein goldenes hielt, l. 1 § 2 D. de pign. act. 13, 7, l. 22 D. de verb. obl. 45, 1. Dies um deswillen, weil dem Erwerbenden bei solchen Geschäften lieber sein mußte, etwas als nichts zu bekommen.

14) l. 58 D. de contr. empt. 18, 1. Papinianus libro 10 quaestionum. Arboribus quoque vento dejectis absumptis igne dictum est emptionem fundi non videri esse contractam, si contemplatione illarum arborum, veluti oliveti, fundus comparabatur, sive sciente sive ignorante venditore. Die letzten Worte müssen auf die Kenntniß des Verkäufers vom Windbruch oder vom Brand bezogen werden.

15) l. 52 D. locati 19, 2. Vgl. auch Goldschmidt, Handelsrecht Bd. 2 S. 67.

16) Die Theorie nahm seit Savigny an, daß sich auf Nichtigkeit wegen Irrthums eines Theils nicht bloß der Irrende, sondern auch der andere Theil berufen könne, wenn er den Sachverhalt hinterher erfuhr. Das war wohl logisch, aber unzweckmäßig und den Bedürfnissen des Verkehrs zuwiderlaufend. Quellenzeugnisse fehlen. Jene Ansicht ist daher abzulehnen. Der andere Theil kann aber eine Er-

§ 103. Zwang.[1]

1. Zwang kann den Anschein eines Geschäftes herbeiführen, welches der Gezwungene nicht wollte. Es wird z. B. jemandem, welcher widerstrebt, die Hand zur Unterzeichnung eines Wechsels geführt. Solche Gewalt, die in *physischer Ueberwältigung* besteht, nennt man *vis absoluta*.[2] Ein Rechtsgeschäft kommt nicht zu Stande.

2. Häufiger ist Zwang, welcher dem anderen Theile ein *Handeln* rechtswidrig *aufzwingt* — *Erpressung*, *vis compulsiva*.

Durch Erpressung bewirkte Geschäfte sind *gültig*,[3] denn sie sind gewollt,[4] aber sie sind durch Klage und Einrede entkräftbar. Hiermit nahm man es indessen nicht leicht. Die Beachtung jedweder wirklichen und scheinbaren Beeinflussung schien für die Sicherheit des Verkehrs und den Kredit gefährlich. Daher verlangte man unsittliche Bedrohung mit ernsten Uebeln, welche auf besonnene Menschen Eindruck machen.[5] Erforderlich ist hiernach zur actio quod metus causa:

klärung des Irrenden über die Genehmigung oder Verwerfung des Geschäftes fordern und ist, im Fall eine Genehmigung nicht unmittelbar erfolgt, befugt, die Nichtigkeit des Geschäftes auch seinerseits geltend zu machen. Dies entspricht der bona fides. Mitteis in Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 121, Regelsberger Bd. 1 § 142 Anm. 17. Auch nach B.G.B. § 119 ff. besteht relative d. h. durch *Anfechtung des Irrenden* bedingte Nichtigkeit; die Anfechtung muß unverzüglich nach der Kenntniß erfolgen. Der Irrende hat nach § 122 dem gutgläubigen Mitkontrahenten sowie gutgläubigen Dritten das negative Vertragsinteresse zu ersetzen.

1) Savigny Bd. 3 § 114; Schliemann, die Lehre vom Zwang 1861; Czyhlarz, der Einfluß des Zwanges in Iherings Jahrbüchern Bd. 13 n. 1; Schloßmann, die Lehre vom Zwange 1874, Lange, Zwang 1886, Gradenwitz, Ungültigkeit obl. Rechtsgeschäfte S. 9, Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 25 S. 9. — Der Zwang wird strafrechtlich verfolgt. In Rom begründete er das crimen vis; das Strafgesetzbuch §§ 240 ff., 253 ff. bestraft Nöthigung und Erpressung.

2) Absolute Gewalt liegt unter anderem auch dann vor, wenn man jemandem eine Sache wegnimmt, oder ihn aus seinem Grundstück hinauswirft, oder seine Sache gewaltsam zerstört.

3) Es läßt sich allerdings auch eine Behandlungsweise denken, wonach nur der *freie* Wille Verbindungskraft hat, erzwungene Geschäfte also *nichtig* sind, l. 116 pr. D. de R. J. 50, 17. Die römische ist sie aber nicht, siehe unten Anm. 24 und 25. Bei den Römern konnte sie schon um deswillen nicht Wurzel fassen, weil bei ihnen Zwang zum Abschluß von Rechtsgeschäften eine große Rolle spielte. Denn der Prätor erzwang den Abschluß prätorischer Stipulationen, die Ertheilung des väterlichen Ehekonsenses, den Antritt von Erbschaften auf Grund des S. C. Pegasianum. Auch der Hausvater nöthigte die Hausuntergebenen zu Rechtsgeschäften. Alle diese Geschäfte hätte man in Frage gestellt, wenn man nur den *freien* Willen als rechtlich bedeutsam angesehen hätte. — Nach B.G.B. §§ 123, 124 besteht relative Nichtigkeit bedingt durch *Anfechtung* des Gezwungenen binnen Jahresfrist von Aufhören der Zwangslage an.

4) l. 21 § 5 D. quod metus causa 4, 2. Paulus libro 11 ad edictum. Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset noluissem, *tamen coactus volui*: sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur.

5) l. 6 D. h. t. Gajus libro 4 ad edictum provinciale. Metum autem non

a) *Androhung eines schweren Uebels.* Die Quellen erwähnen Gefahr für Leib und Leben und Freiheit des Bedrohten und seiner Angehörigen.[6] Auch schwere Vermögensgefahren sind aber ohne Zweifel erheblich genug.[7]

Drohungen mit *übler Nachrede* sind an und für sich nicht zu beachten,[8] anders aber, wenn sich an eine Verleumdung ernsthafte Nachtheile knüpfen können, weil man ihr nicht sofort ausreichend begegnen kann.[9]

Aehnlich steht es mit verleumderischen Anklagen und Denunciationen. Sie kommen an sich nicht in Betracht.[10] Knüpfen sich aber an sie reelle Gefahren, so bilden sie wirksame Gründe.[11]

b) Die angedrohte Gefahr muß eine *gegenwärtige*[12] und *unabwendbare* gewesen sein.[13 14]

c) War der Drohende *befugt*, das Geschäft zu erzwingen, so ist

---

vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat, ad hoc edictum pertinere dicimus. Aeltere Schriftsteller führten den Satz auf den Einfluß der stoischen Philosophie zurück. B.G.B. § 123 theilt diesen Standpunkt nicht.

6) l. 3 § 1, l. 4, l. 5 D. h. t. 4, 2.

7) Savigny a. a. O. S. 197 Anm. 5 erachtet die Drohung einer bloß auf das Vermögen gerichteten Rechtsverletzung nicht als hinreichend. Allein auch solche Furcht kann eine sehr ernste sein. Sie zu ignoriren wird nicht dadurch schon gerechtfertigt, daß sie die Quellen nicht besonders erwähnen. Wächter, Würt. P.R. Bd. 2 S. 762: Windscheid § 80 Anm. 6; Regelsberger Bd. 1 § 144 Anm. 8, R.O.H.G. Bd. 8 S. 173, R.G. Bd. 10 S. 190.

8) Vgl. freilich l. 7 pr. D. h. t. 4, 2.

9) R.G. Bd. 10 S. 188 hat die exceptio metus causa bei Bedrohung des Kredites zugelassen.

10) Vgl. l. 10 C. de his, quae vis metusve causa 2, 19.

11) Vgl. von Glasenapp über den metus accusationis im Archiv für civ. Praxis Bd. 65 n. 8. Seuff. A. Bd. 48 n. 168 (O.L.G. Hamburg).

12) l. 9 pr. D. h. t. 4, 2. Ulpianus libro 11 ad edictum. Metum autem praesentem accipere debemus, non suspicionem inferendi ejus.

13) l. 2 D. h. t. 4, 2. Paulus libro 1 sententiarum.

14) Savigny Bd. 3 S. 107 Anm. 2 nimmt an, daß es bei Drohungen, welche die actio quod metus causa nicht begründen, wenn sie nur überhaupt Eindruck machten, an Schutz nicht fehle. Es sei namentlich eine condictio ob turpem causam zulässig, welche nur unter anderen Regeln stehe, als die actio quod metus causa. So auch Wächter, Pandekten Bd. 2 S. 383 und Windscheid Bd. 1 § 80 Anm. 7. Dies ist nach römischem Rechte nicht begründet. Das römische Recht ignorirte geringere Drohungen schlechthin; dasselbe achtet es nicht, „si quis meticulosus rem nullam frusta timuerit", l. 7 pr. D. h. t. 4, 2. Es läßt sich jedoch nach gemeinem Rechte die Ansicht wohl vertheidigen, daß auch objektiv nicht zu befürchtende Drohungen dem *Erpressenden* selbst und seinen Erben entgegengestellt werden können, sofern sie ihren Zweck erreichten. Denn das Strafgesetzbuch § 253 bestraft die Erpressung, ohne zu unterscheiden, ob die Drohung eine schwerere oder geringere war und ob sie auf einen besonnenen Menschen einwirken konnte. Es ist folgerecht, diesen Gedanken im Civilrecht zur Durchführung zu bringen. Dies ist um so mehr berechtigt, als die römischen Beschränkungen mit den Rechtsauffassungen, welche in Deutschland walten, nicht übereinstimmen. So die Praxis der Reichsgerichte, R.O.H.G. Bd. 8 S. 171, R.G. Bd. 10 S. 191, Bd. 31 S. 156. Ueber die letzte Entscheidung siehe Eck in Iherings Jahrb. Bd. 35 S. 305. B.G.B. stimmt mit der Praxis überein.

daſſelbe vollgültig. Aber dies iſt nicht der Fall, wenn man mit Schritten droht, zu denen man befugt iſt, um ſich einen Vortheil zu verſchaffen, auf den man kein Recht hat. Man droht z. B. behufs einer Erpreſſung mit Anzeige eines geheimen Verbrechens oder mit Einleitung einer Zwangsvollſtreckung.[15]

d) Die Drohung muß einen Vermögensnachtheil im Gefolge haben. Dies iſt nicht der Fall, wenn die Zahlung einer fälligen Schuld durch Drohungen erzwungen wurde.[16]

Entkräftbar ſind nur diejenigen Geſchäfte, welche durch die Drohung herbeigeführt werden ſollten. Zur Abwehr eines angedrohten Uebels eingegangene Geſchäfte, z. B. zur Vertheidigung gegen die Volkswuth, ſind ſelbſtverſtändlich unantaſtbar.[17]

3. Seit Alters verſprach der Prätor gegen erzwungene Geſchäfte nach Lage des Falles in integrum restitutio.[18]

Zu Ende der Republik ſtellte er aber eine eigene Klage, die actio quod metus causa, auf,[19] und gab eine exceptio metus causa gegen Klagen aus dem erzwungenen Geſchäfte. Seitdem iſt die in integrum restitutio auf Fälle beſchränkt, in welchen ſie zweckmäßiger iſt, als eine Klage; namentlich iſt ſie noch gegen einen erzwungenen Erbſchaftsantritt zuläſſig.[20]

Mit der actio quod metus causa iſt belangbar der Erpreſſende, außerdem wer etwas in Folge des Zwanges erlangt hat. Der

---

15) Es handelt ſich hierbei um eine beſonders difficile Frage. In l. 7 § 1 D. h. t. wird bezeugt, daß wer bei einem Diebſtahl oder Ehebruch ergriffen, etwas giebt oder leiſtet, damit man ihn losläßt, oder damit er nicht verrathen wird, die Klage wegen Zwanges geltend machen kann. Dagegen ſoll nach l. 21 pr. D. eod. die undankbare Freigelaſſene, welche vom Patron wegen ihrer Undankbarkeit in die Sklaverei zurückgefordert werden kann, keine Klage wegen Zwanges haben, wenn ſie etwas dafür giebt oder verſpricht, daß die Rückforderung in die Sklaverei unterbleibt. Im erſten Falle liegt eine Unſittlichkeit vor, im zweiten nicht. Der Vertrag hat hier den Charakter eines erlaubten Vergleiches. Vgl. Unger Bd. 2 S. 50 Anm. 24; Schliemann a. a. O. S. 24.

16) l. 12 § 2, l. 23 § 1 D. h. t. 4, 2.

17) l. 9 § 1 D. h. t. Kohler, Geſchäfte in Nothlage in Iherings Jahrbüchern Bd. 25 S. 9.

18) Das Edikt lautete — l. 1 pr. D. h. t. — Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo; früher, d. h. wohl vor der Redaktion Julians, „quod vi metusve causa".

19) Die Klage hatte zuerſt ein Prätor Octavius aufgeſtellt. Cicero in Verrem II, 3 cap. 65 § 152, ad Quintum fratrem I, 17 § 21. Vgl. Lenel, edictum perpetuum S. 94; Rudorff, über die Octavianiſche Formel, Zeitſchrift für Rechtsgeſchichte Bd. 12 S. 131. Sie iſt auch in Fällen abſoluter Gewalt und ſelbſt bei bloß thatſächlicher Vergewaltigung, z. B. Zerſtörung von Gebäuden, zuläſſig, l. 9 pr. § 2 D. h. t. Grabenwitz a. a. O. S. 13 weiſt nach, daß die actio quod metus causa älter iſt, als die entſprechende exceptio.

20) l. 21 § 5 D. h. t., ſiehe oben Anm. 4, l. 85 D. de a. vel o. her. 29, 2.

Gegenstand der Klage ist in beiden Fällen aber verschieden. Der Erpressende hat vollen Schadensersatz zu leisten, an der Erpressung nicht betheiligte Dritte haben nur herauszugeben, was in Folge derselben in ihrem Vermögen ist.[21]

Nach römischem Prozeßverfahren erließ der Richter der actio quod metus causa zunächst einen Befehl an den Beklagten, dem Klagebegehren nachzukommen. Im Fall des Ungehorsams des Beklagten folgte Verurtheilung in das Vierfache.[22] Nach einem Jahre — annus utilis — ging die Verurtheilung aber nur auf das Einfache.[23] Dem gemeinen Recht ist ein solcher Vorbescheid und der Strafzusatz fremd. —

4. In einigen besonderen Fällen waren erzwungene Geschäfte nach römischem Rechte nichtig.[24] Es gehörte hierher die erzwungene Eheschließung, denn die Ehe fordert ihrem Begriffe nach freie Einigung der Ehegatten.[25] Nach gemeinem Rechte sind erzwungene Ehen relativ nichtig.[26]

---

21) l. 14 §§ 3, 5 D. h. t. 4, 2; herauszugeben ist auch, was für die erpreßte Sache erworben wurde, l. 18 D. eod.

22) § 27 J. de act. 4, 6, l. 14 § 1 D. h. t. 4, 2. Die Klage war arbitraria, siehe unten § 133.

23) l. 14 §§ 1 ff. D. h. t. 4, 2.

24) Ist das erzwungene Geschäft nichtig, wenn man sich gegen dasselbe im voraus heimlich verwahrte und dadurch konstatirte, daß man es nicht wollte? Für den erzwungenen Erbschaftsantritt wird dies in l. 6 § 7 D. de a. vel. o. her. 29, 2 bejaht. Celsus libro 15 digestorum scripsit, eum, qui metu verborum vel aliquo timore coactus fallens adierit hereditatem, sive liber sit. heredem non fieri placet, sive servus sit, dominum heredem non facere. Selbstverständlich setzt Celsus in den letzten Worten einen jussus des Herrn des Inhalts voraus, si expedit adire, adito l. 25 § 9 D. de a. vel o. her. 29. 2. Fallens mit Schloßmann, Zwang S. 46 und Kohler in Iherings Jahrbüchern Bd. 16 S. 123 ff., S. 340 ff. durch „heimlich" zu übersetzen und hiernach zu interpretiren: nichtöffentlicher Erbschaftsantritt ist nichtig, thut der Stelle Zwang an. Fallere heißt täuschen l. 5 § 2, l. 7 § 2 D. si mensor 11, 6. l. 43 § 2 D. de contr. empt. 18, 1; Pernice in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 25 S. 95 Anm. 1. Wer aber anders sollte getäuscht sein, als der Zwingende! Es hat also der Bedrohte, ehe er den Drohenden durch den Antritt befriedigte, vorher heimlich gegen denselben protestirt; dann wird er nicht Erbe; es bedarf keiner Restitution, die Erbschaft wird weiter deferirt. So die Glosse und Bartolus zur l. 6 § 7 D. cit.; Cujacius zu Papinians liber 30 quaestionum l. 85 D. de a. vel o. her. 29. 2; Vangerow Bd. 3 § 605 S. 281. — Bartolus beschränkt die Entscheidung auf einseitige Erklärungen. Hierin kann man ihm Recht geben.

25) Vgl. l. 22 D. de ritu nuptiarum 23. 2. Auch erzwungene Manumissionen waren nach kaiserlichen Verordnungen nichtig, l. 9 pr. l. 17 pr. D. qui et a quibus 40, 9. Es ist aber nicht nachweisbar, daß in Rom eine Verschiedenheit der Grundanschauung darüber bestand, ob erzwungene Geschäfte nichtig oder anfechtbar seien, wie Schliemann a. a. O. S 87 ff. unterstellt, oder daß die Römer in dieser Hinsicht zwischen Geschäften stricti juris und bonae fidei unterschieden, wie man früher annahm, oder zwischen civilen und prätorischen Geschäften, wie Czyhlarz bei Ihering, Jahrbücher Bd. 13 S. 3 ff., Hölder, Pand. § 44 behaupten, oder daß sie einen Gegensatz zwischen formellen und formlosen Geschäften machten, wie Schloßmann a. a. O. auszuführen sucht, oder zwischen abstrakten und kausalen wie Brinz Bd. 4 § 534 meint. Eine Hauptstelle, die für die Nichtigkeit angeführt zu werden pflegt, und die Vangerow die bedenk-

§ 104. Betrug.

1. Betrug — Dolus im engeren Sinne — ist absichtliche, den anderen Theil schädigende Täuschung bei einem Rechtsgeschäft.[1][2]

Der Betrug kann eine Erklärung bewirken, ohne den Willen zu derselben hervorzurufen, z. B. mittels betrügerischen Unterschiebens einer Vertragsurkunde zur Unterschrift. Die so vollzogene Erklärung ist nichtig, weil nicht gewollt.

Gewöhnlich aber bezweckt der Betrug sein Opfer zum Geschäftsschluß zu bestimmen. Gelingt dies, so kommt das Geschäft zwar zu Stande, denn es ist gewollt und erklärt, aber wegen des Betrugs ist es entkräftbar.

2. Das altrömische Recht gab nur in einzelnen, besonders schreienden Betrugsfällen dem Betrogenen Hülfe.[3] Ein großer Fortschritt auf dem Wege der Billigkeit, freilich aber eine Abschwächung der Zuverlässigkeit der Verträge war, daß die Prätoren seit Ende der Republik allgemein wegen Betrugs Klagen und Einreden aufstellten.[4][5]

---

lichste schien, hat Schloßmann selbst sehr gut in anderem Sinne erklärt. Es ist dies die l. 21 § 3 D. h. t. von Paulus, welcher nur verneint, daß im Falle der erzwungenen Promission einer Dos eine actio rei uxoriae gegen den Ehemann erwächst. Vgl. Vangerow Bd. 3 § 605 Anm. 2; Windscheid Bd. 1 § 80 Anm. 2.

26) Auch nach B.G.B. § 1335 sind sie anfechtbar, d. h. relativ nichtig.

1) Ziegler, Betrug beim Vertragsabschluß 1870. Vgl. oben S. 197. Neben die actio doli trat in Rom die öffentliche Bestrafung wegen stellionatus, l. 3 § 1 D. stellionatus 47, 20, Ulpianus libro 8 de officio proconsulis, quod enim in privatis judiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio. Das deutsche Strafgesetzbuch § 263 bedroht Betrug mit öffentlicher Strafe. Doch fällt strafrechtlicher und civilrechtlicher Betrug nicht zusammen. Der strafrechtliche fordert insbesondere die Absicht, „sich einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu verschaffen", für den civilrechtlichen Betrug ist dies nicht wesentlich. Es ist z. B. Täuschung zur Herbeiführung einer Heirath mit einer armen Frau, welche der Täuschende erhalten muß, civilrechtlich Betrug. Das B.G.B. § 123 bezeichnet den civilrechtlichen Betrug als „arglistige Täuschung".

2) Der Zweck der Täuschung muß nicht nothwendig die Schädigung des anderen Theils gewesen sein; es genügt das Bewußtsein, daß die Täuschung dessen Schädigung herbeiführen kann. R.G. Bd. 23 S. 137.

3) Es gehört hierher der Schutz der Minderjährigen gegen Betrug durch die lex Plaetoria. vgl. l. 7 § 1 D. de except. praescr. 44, 1, ferner das Edikt gegen denjenigen, „qui, cum tutor non esset, dolo malo auctor factus esse dicetur", l. 7 pr. D. quod falso tutore 27, 6.

4) Die actio doli hat Ciceros Freund Aquilius Gallus zuerst aufgestellt: Cicero de natura deorum III, 30; de off. III, 14. Ueber die Einführung der exceptio doli vgl. l. 4 § 33 D. de dol. mal. exc. 44, 4. Rudorff, Zeitschr. für gesch. Rechtswissenschaft Bd. 12 S. 166; Vangerow Bd. 1 § 185 Anm. 1, Pernice, Labeo Bd. 2 2. A. S. 198. Bei den bonae fidei judicia machte man die Ansprüche wegen Betruges durch die Kontraktsklage geltend. Dies gilt heutzutage bei allen Geschäften.

5) Von einem Dritten im Interesse eines der Vertragschließenden begangener

Sie gewährten aber die Klage nur gegen den Betrüger[6] und dessen Erben,[7] nicht gegen Dritte, gingen also nicht soweit, wie bei der actio quod metus causa. Denn Erpressung ist ein gefährlicherer Feind des Rechtes als Betrug, meist auch offenkundiger.[8]

3. Betrug kann in Vorspiegelung falscher Thatsachen durch Reden und Handeln, nicht minder in Unterdrückung wahrer Thatsachen durch Verschweigen liegen.[9]

Mittheilung von unbegründeten Schlüssen, oder von Vermuthungen bildet dagegen keinen Betrug, ebensowenig wie Verschweigen begründeter Erwartungen. Es muß sich um Thatsachen handeln.

Unbedingte Offenheit bei Abschluß eines Geschäfts kann das Recht überhaupt nicht verlangen. Verschweigen von Thatsachen ist daher nur dann Betrug, wenn es sich um Umstände handelt, welche im reellen Geschäftsleben angegeben zu werden pflegen, sowie dann, wenn man sich täuschenderweise beim Geschäftsschluß den Anschein einer vollständigen Darlegung zu geben suchte z. B. bei einem Prospekt über eine Aktiengesellschaft.[10]

Gerede, welches vernünftigerweise den andern Theil nicht bestimmen konnte — s. g. Reklame — ist kein Betrug.

4. Nach seiner Wahl kann der Betrogene entweder

Betrug kann dem Vertragschließenden gegenüber geltend gemacht werden, wenn er ihn beim Vertragsschluß kannte oder kennen mußte und benutzte. B.G.B. § 123 Abs. 2.

6) Dem Cessionar einer durch Betrug erworbenen Forderung steht die Einrede des Betruges, wie jede andere aus der Person des Cedenten entgegen. Siehe ferner l. 4 § 27, 31 D. de doli mali exc. 44, 4.

7) Nach römischem Rechte hafteten die Erben des Betrügers nur soweit, als etwas in Folge des Betruges an sie gelangt war, l. 17 § 1. l. 29, l. 30 D. de dol. mal. 4, 3. Der Umfang der Haftung nach heutigem Rechte wird im Obligationenrechte erörtert werden.

8) B.G.B. §§ 123, 124 giebt dem Betrogenen das Recht der Anfechtung binnen Jahresfrist von Entdeckung der Täuschung an, begründet also relative Nichtigkeit. Aber auch Schadenersatz wegen der unerlaubten Handlung — B.G.B. § 823 — kann der Betrogene beanspruchen.

9) l. 43 § 2 D. de contr. empt. 18, 1. Florentinus libro 8 institutionum. Dolum malum a se abesse praestare venditor debet, qui non tantum in eo est, qui fallendi causa obscure loquitur, sed etiam qui insidiose obscure dissimulat. Vgl. R.G. Bd. 1 S. 299, l. 11 § 5 D. de a. e. v. 19. 1, l. 35 § 8 D. de contr. empt. 18, 1, wo Verschweigen von Eigenschaften der Kaufsache als Betrug bezeichnet wird, welche der Käufer nicht kannte und deren Kenntniß ihn, wie der Verkäufer wußte, vom Kaufe abgehalten hätte. Anders R.G. in Straffachen Bd. 2 S. 430. Siehe ferner R.G. Bd. 5 S. 177.

10) Daher sind in der Regel Erklärungen eines Geschäftsmannes gegenüber einem anderen Geschäftsmanne über den allgemeinen Stand der Preise oder über die von ihm bei anderen Geschäften geforderten oder gewährten Preise unverbindlich. Unter Umständen können aber solche Erklärungen als betrügerische anzusehen sein. R.O.H.G. Bd. 9 S. 305. Kein Gewicht wäre u. A. auf die falsche Erklärung eines Verkäufers zu legen, daß Frau von X. die Robe gleichfalls bestellt habe.

a) Beseitigung der Folgen des betrügerischen, sowie Schadensersatz wegen Vereitelung des erhofften Geschäftes fordern — Rescissionsklage —, oder

b) Vergütung der Werthdifferenz zwischen dem wirklichen und dem vorgespiegelten Geschäft, bei dem er es beläßt — Differenzklage.[11] [12]

V. Nebenbestimmungen der Rechtsgeschäfte.

a) Bedingungen.[1]

§ 105. Wesen der Bedingungen.

Bedingungen — condiciones — sind einem Rechtsgeschäfte willkürlich zugefügte Bestimmungen, wodurch seine Rechtswirkungen von künftigen ungewissen Ereignissen abhängig gemacht werden.[2] [3]

---

11) Die älteren Schriftsteller unterscheiden dolus causam dans, wenn ohne den Betrug das Geschäft nicht abgeschlossen wäre, und dolus incidens, wenn der Betrug nur einzelne Modalitäten des Geschäftes herbeiführte. Beim dolus causam dans sollte das Geschäft nichtig, beim dolus incidens sollte nur Schadensersatz eintreten. Dies ist quellenwidrig. Betrug als solcher begründete nach römischem Recht niemals Nichtigkeit. Allerdings behaupten Viele — z. B. Vangerow Bd. 3 § 605, Regelsberger Bd. 1 § 146 Anm. 8 — daß der Betrogene nur beim dolus causam dans eine Rescissionsklage habe, daß er aber beim dolus incidens auf die Differenzklage verwiesen sei. Die hierfür angeführten Quellenstellen beweisen dies indessen nicht. In der l. 11 § 5 D. de a. e. v. 19, 1 wird eine Rescissionsklage zugestanden, si quis virginem se emere putasset quum mulier esset et sciens errare eum venditor passus est, in l. 13 § 4 D. eod. eine Differenzklage, „si venditor dolo fecerit, ut rem pluris venderet. puta de artificio mentitus est . . .“ Eine Täuschung über die Kunst des Sklaven kann gewiß nicht minder causam dans sein, wie die über die Jungfräulichkeit der Sklavin. Betrogenen stehen eben beide Petita offen, die eine Stelle hat das eine, die andere das andere im Auge. Es ist auch nicht zweckmäßig, dem Betrogenen, welcher das Geschäft aufrufen will, aufzulegen, außer dem Betrug zu beweisen, daß er durch den Betrug zum Geschäftsschluß selbst bestimmt wurde. Dies wird thatsächlich meist mehr oder weniger zweifelhaft bleiben. Das Reichsgericht theilt jedoch die Gegenansicht, Seuff. A. Bd. 36 n. 6, Bd. 43 n. 184. Gegen die Unterscheidung Sprenger im Arch. f. civ. Praxis Bd. 88 n. 8.

12) Stellt der Betrogene die Rescissionsklage an, so muß er sich zur Herausgabe desjenigen, was er vom Betrüger empfing, Zug um Zug erbieten. Entsprechendes wird anzunehmen sein, wenn er die Rescission im Wege der Einrede geltend macht. Vgl. jedoch R.G. Bd. 26 S. 185.

1) Die älteren Hauptwerke führt Thibaut, civil. Abhandlungen S. 360 an. Im Jahre 1859 beklagte Fitting — in Goldschmidts Zeitschr. Bd 2 S. 24 — die unbegreifliche Vernachlässigung, welche die Lehre von den Bedingungen erfahren habe. Sie ist seitdem ein bevorzugtes Thema der Civilisten geworden. Vgl. vorzugsweise Savigny Bd. 3 § 116; Fitting im Archiv f. civ. Praxis Bd. 39 n. 13; O. Wendt, vom bedingten Forderungsrecht 1872, das bedingte Forderungsrecht 1873; Adickes, Bedingungen 1876. Ueber Nebenbestimmungen überhaupt vgl. Scheurl z. L. v. d. Nebenbestimmungen 1871, Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin 1888 u. 1889; Bekker Bd. 2 S. 316; auch Karlowa, Rechtsgeschäft 1877.

1. Das Wesen des bedingten Geschäftes besteht darin, daß es sich den verschiedenen Möglichkeiten der Zukunft anpaßt.[4] Sehr häufig hat aber die Bedingung den besonderen Zweck, den anderen Theil zu einem Handeln oder zu einem Unterlassen zu bestimmen. Es wird z. B. eine letztwillige Zuwendung an die Ehe mit einer gewissen Person oder an das Nichtwiederverheirathen geknüpft, oder einem Makler eine bestimmte Geldsumme zugesagt, falls der Verkauf unseres Grundstückes durch seine Bemühung zu Stande kommt. Indem man durch solche Bedingungen die Geschäftswirkung in Abhängigkeit von Ereignissen der Zukunft setzt, sucht man diese Ereignisse herbeizuführen und zu gestalten. Das Mittel hierzu ist nicht Auflegung einer Verpflichtung, sondern Angebot von Vortheilen für den Fall des erstrebten Verhaltens.[5]

2. Die Zufügung einer Bedingung hängt vom Ermessen der Betheiligten ab; sie ist Ausfluß ihrer Privatautonomie. Hierdurch unterscheiden sich die wahren Bedingungen — s. g. condiciones facti — von Rechtsbedingungen — s. g. condiciones juris —, welche ein Geschäft von Rechtswegen an künftige ungewisse Ereignisse knüpfen.[6] Eine Rechtsbedingung ist z. B. bei letztwilligen Zuwendungen die, daß der Bedachte den Erblasser überlebt.

3. Man streitet darüber, was bei einem bedingten Geschäft bedingt, d. h. ungewiß, abhängig ist. Viele behaupten der Wille.[7] Aber das Wollen ist ein seelischer Vorgang, welcher sich mit dem Entschluß verwirklicht. Es war da oder nicht da. Hieran kann durch künftige Er-

2) Die Definition ist die herkömmliche. Vgl. die Zusammenstellung bei Fitting, Begriff der Bedingung im Archiv f. civ. Praxis Bd. 39 S. 309 ff.

3) Das Wort Bedingung ist vieldeutig. Man bezeichnet als Bedingung einmal den Bestandtheil der Willenserklärung, welcher das Geschäft von einem Thatbestand abhängig macht, dann diesen Thatbestand selbst. Vgl. noch Adickes a. a. O. S. 5. — In einem anderen Sinne versteht man unter Bedingungen eines Geschäftes alle getroffenen Vereinbarungen. In diesem Sinne sprechen wir von „Geschäftsbedingungen". Ueber die Verwerthung des Ausdruckes condicio in Rom vgl. Pernice, Labeo Bd. 3 S. 26.

4) Ihering, Geist des römischen Rechtes Bd. 3, Abth. 1 S. 166. 4. Auflage.

5) l. 41 D. de contr. emt. 18, 1. Julianus libro 3 ad Ursejum Ferocem. Cum ab eo, qui fundum alii obligatum habebat, quidam sic emptum rogasset, ut esset is sibi emptus, si eum liberasset, dummodo ante kalendas Julias liberaret, quaesitum est, an utiliter agere possit ex empto in hoc, ut venditor eum liberaret: respondit . . . si sub condicione facta emptio est, non poterit agi ut condicio impleatur. — Die Lehre von den Bedingungen wird zum großen Theil durch den Gedanken beherrscht, daß ihre Hauptbestimmung ist, eine Thätigkeit oder Unterlassung des bedingt Berechtigten hervorzurufen. Es ist dies die „Unterströmung", aus welcher sich zahlreiche Rechtssätze dieser Lehre erklären, die sonst schwer zu rechtfertigen wären. Vgl. auch Pernice, Labeo Bd. 3 S. 40.

6) l. 43 § 10 D. de aedilicio edicto 21. 1, l. 21 D. de cond. et dem. 35, 1; Eisele, conditiones juris im Archiv für civ. Praxis Bd. 54 n. 4.

7) So Fitting, Begriff der Bedingung im Archiv für civ. Praxis Bd. 39 n. 13.

eignisse nichts geändert werden. Wer sich — vielleicht erst nach langer Ueberlegung und ernstem Kampfe — entschlossen hat, eine bedingte Willenserklärung abzugeben, hat gewollt, auch wenn die Bedingung dereinst ausfällt. Nicht der Wille ist also ungewiß, sondern sein Erfolg — das Rechtsgeschäft in diesem Sinne. Mit anderen Worten die Rechtswirkung ist es, welche durch den Willen von der Bedingung in Abhängigkeit gesetzt wird.[8]

4. Die Bedingungen haben sich in Rom zuerst bei den letztwilligen Verfügungen entwickelt. Da es deren Bestimmung ist, zukünftige Verhältnisse zu regeln, so ergiebt es sich bei ihnen gleichsam von selbst, daß man die verschiedenen Möglichkeiten der Zukunft in das Auge faßt und hiernach verfügt. Bei Geschäften unter Lebenden sind die Bedingungen später in Gebrauch gekommen, bei zweiseitigen Geschäften, wie Kauf, Miethe[9] und Gesellschaft,[10] nicht ohne Widerstreben.

Schließlich ist die Zulassung von Bedingungen Regel geworden.[11] Doch manche Geschäfte, bei denen eine endgültige und fertige Erklärung verlangt wird, lassen Bedingungen nicht zu.[12][13] Dies gilt überwiegend für die Geschäfte des Familienrechtes; insbesondere ist bedingte Eheschließung,[14] Kindesannahme,[15] Anerkennung eines Kindes unmöglich.

---

8) Vgl. Enneccerus, Rechtsgeschäft Bd. 1 S. 175, Pietzker im Archiv f. c. Pr. Bd. 74 n. 15.

9) Gaj. Inst. III § 146 . . . jam enim non dubitatur, quin sub condicione res venire aut locari possint, l. 20 pr. D. locati 19, 2.

10) l. 6 C. pro socio 4, 37 Justinianus . . . de societate apud veteres dubitatum est, si sub condicione contrahi potest.

11) Nach älterem Recht waren Bedingungen bei mancipatio, fragm. Vat. § 329, und in jure cessio, fragm. Vat. § 49. ausgeschlossen. Auch die bedingte Bestellung des cognitor — des in bestimmter Redeformel ernannten Prozeßbevollmächtigten der älteren Zeit — war unzulässig; dagegen konnte ein procurator unter Bedingungen und Zeitbestimmungen ernannt werden, l. 3 D. de proc. 3, 3.

12) l. 77 D. de reg. jur. 50, 17. Papinianus libro 28 quaestionum. Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel condicionis adjectionem. nonnumquam tamen actus supra scripti tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium adferunt . . . Vgl. Enneccerus, Suspensivbedingungen §§ 3 ff.; Wendt, bedingtes Rechtsgeschäft S. 164 ff.; Bechmann, Kauf Bd. 1 S. 237. Nicht bloß eigentliche Bedingungen, sondern Zusätze jeder Art, welche die Form von Bedingungen oder von Zeitbestimmungen haben, sollen vernichtend wirken. Die Erklärung muß also unzweifelhaft aussprechen, daß der bezweckte Zustand wirklich unmittelbar eintreten soll.

13) In manchen Fällen ist die Verfügung gültig, die Beschränkungen werden gestrichen; so Zeitbestimmungen und Resolutivbedingungen bei Erbeseinsetzungen. Nach C.P.O. §§ 83, 84 muß man Bedingungen, die einer Prozeßvollmacht zugefügt sind, soweit es sich um das Verhältniß zum Prozeßgegner handelt, für nicht geschrieben ansehen. Das Gleiche gilt für die Bedingungen der Vollmacht eines Prokuristen, H.G.B. § 50.

14) B.G.B. § 1317 Abs. 2.

15) l. 34 D. de adoptionibus 1, 7. B.G.B. § 1742.

Auch der Erwerb sowie die Ausschlagung einer Erbschaft kann nicht unter Bedingungen geschehen.[16]

5. Unbedingte Geschäfte nennt man „reine" — pura.[17] In weiterem Sinn verstehen wir hierunter Geschäfte ohne jede Nebenbestimmung.

§ 106. Form und Arten der Bedingungen.

1. Die einfachste Form bedingter Willenserklärungen giebt der Konditionalsatz mit „wenn", „si".[1] Aber der Verkehr wählt oft weniger prägnante Fassungen. Man sagt z. B., du erhältst das Darlehen unter der „Voraussetzung", daß dein Haus innerhalb eines Jahres fertig gestellt wird. Dies ist Bedingung. Man spricht auch wohl den einheitlichen hypothetischen Gedanken in verschiedenen Sätzen aus, z. B. ich bewillige dir das Darlehen; dasselbe wird nach Vollendung des Baues deines Hauses ausbezahlt.

2. Das bedingende Ereigniß kann *thatsächlich* sein, z. B. wenn N. stirbt, oder *rechtlich*, z. B. wenn mir N. ein Darlehen giebt.

Die Bedingungen sind:

a) *affirmative*, wenn sie eine *Veränderung*, oder *negative*, wenn sie eine *Nichtveränderung* zur Erfüllung fordern.

Die Formulirung der affirmativen Bedingung ist meist eine bejahende, die der negativen eine verneinende. Doch die Fassung ist nicht das Entscheidende;[2] die Bedingung „wenn du ledig bleibst" ist z. B. nicht minder negativ, wie wenn sie lautete „wenn du nicht heiratest", denn in beiden Fassungen wird eine Nichtveränderung verlangt.

b) Die Bedingungen sind ferner *potestative* oder *kasuelle*.[3]

Die *potestativen* verlangen zur Erfüllung eine *Handlung oder Unterlassung des bedingt Berechtigten*. Man nennt sie *rein potestativ*, wenn ihre Erfüllung *ausschließlich* vom Willen des Berechtigten abhängig ist, z. B. „wenn er will" oder „wenn er den N. zum Erben einsetzt",[4] und *gemischte*, wenn ihre Verwirk-

16) B.G.B. § 1947 vgl. § 2180 Abs. 2. Eine Bedingung läßt u. A. nach B.G.B. nicht zu die Erklärung einer Aufrechnung § 388, eine Auflassung § 925 Abs. 2.

17) l. 2 D. de in diem addict. 18, 2, siehe unten § 106 Anm. 8, vgl. ferner unten § 116.

1) Vgl. Scheurl, Nebenbestimmungen S. 84.

2) Anders Savigny Bd. 3 S. 127, vgl. Bekker Bd. 2 S. 328.

3) l. un. § 7 C. de caducis tollendis 6, 51; Maaßen, Civ. Erörterungen I. Potestativbedingungen.

4) Hiervon handelt l. 4 § 1 D. de hered. inst. 28, 5. Ulpianus libro 4 ad Sabinum. Puto recte generaliter definiri: utrum in potestate fuerit condicio an non fuerit, facti potestas est: potest enim et haec „si Alexandriam pervenerit" non esse in arbitrio per hiemis condicionem, potest et esse, si ei, qui

lichung außer der Willenserklärung des Berechtigten andere Umstände verlangt, z. B. „wenn du den X. heiratheſt“.[5]

Eine wichtige Art der Poteſtativbedingungen bilden die negativen, — condiciones in non faciendo —, welche ein Unterlaſſen, z. B. Nichtwiederverheirathen zur Bedingung ſetzen.[6]

Kaſuell ſind die Bedingungen, bei deren Erfüllung der Wille des bedingt Berechtigten nicht mitzuwirken hat. Sie können in Naturereigniſſen beſtehen, z. B. im Falle der Wiederholung eines Erdbebens, oder in Handlungen Dritter.

c) Die Haupteintheilung der Bedingungen iſt in aufſchiebende — ſuſpenſive — und in auflöſende — reſolutive.

Die aufſchiebenden bedingen das Zuſtandekommen des Geſchäftes oder auch einzelner Modalitäten eines an ſich unbedingten Geſchäftes.[7] Man behält ſich z. B. bei einem Kaufe vor, daß die Zahlung des Kaufpreiſes in gewiſſen Aktien ſtatthaft iſt, wenn ſie einen regelmäßigen Börſenkurs erlangen ſollten.

Auflöſende Bedingungen bezwecken die eventuelle Aufhebung eines Geſchäftes, z. B. eines Verkaufs für den Fall nicht rechtzeitiger Zahlung des Kaufpreiſes, oder eines zu Gunſten der Söhne und der Agnaten des Stifters angeordneten Familienfideikommiſſes für den Fall, daß der Stifter bei ſeinem Tode nur Töchter hinterläßt.

Bei der Reſolutivbedingung verbindet ſich mit dem Hauptgeſchäfte ein Nebenvertrag, welcher daſſelbe bedingtermaßen aufhebt. Die Bedingung dieſes Nebenvertrags iſt eine aufſchiebende.[8] Mit

---

a primo miliario Alexandriae agit, fuit imposita: potest et haec, „si decem Titio dederit“ esse in difficili, si Titius peregrinetur longinquo itinere . . .

5) Manche nennen Poteſtativbedingungen auch ſolche, deren Erfüllung vom Willen des bedingt Verpflichteten abhängig iſt, code civil art. 1169 ff., Windſcheid Bd. 1 § 89 Anm. 14. Dies iſt dem römiſchen Sprachgebrauch fremd, zudem unzweckmäßig. Denn ungleichartige Dinge mit demſelben Ausdruck zu bezeichnen iſt ſtörend und verwirrend.

6) l. 7 pr., l. 77 D. de cond. et dem. 35, 1, l. 7 D. de verb. obl. 45, 1.

7) Abickes, Lehre von den Bedingungen S. 28.

8) So ſprechen ſich in der That die römiſchen Juriſten aus, l. 2 D. de in diem addictione 18, 2. Ulpianus libro 28 ad Sabinum. Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est, sed sub condicione resolvitur, an vero condicionalis sit magis emptio, quaestionis est, et mihi videtur verius interesse, quid actum sit: nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata condicione discedatur, erit pura emptio, quae sub condicione resolvitur: sin autem hoc actum est, ut perficiatur emptio, nisi melior condicio offeratur, erit emptio condicionalis; vgl. l. 4 pr. D. eod., l. 1 pr. D. de lege commissoria 18, 3. Hiernach ſtellt auch Paulus libro 54 ad edictum l. 2 § 3 D. pro emptore 41, 4 die Frage, ob eine Klauſel eine aufſchiebende oder auflöſende Bedingung enthalte, in folgender Art: sed videamus, utrum condicio sit hoc an conventio: si conventio est, magis resolvetur — emptio — quam implebitur. Vgl. aber auch Brinz Bd. 4 § 536 S. 112.

ihrer Existenz tritt der Nebenvertrag in Wirksamkeit und löst das Hauptgeschäft auf.[9] Nur indem man diese Endwirkung in das Auge faßt, kommt man dazu, das Geschäft in seiner Gesammtheit als resolutiv bedingt zu bezeichnen.

§ 107. Uneigentliche Bedingungen.

Uneigentliche Bedingungen — Scheinbedingungen — haben die Form, nicht aber das Wesen der Bedingungen. Einige sind wirkungslos, andere haben zwar rechtliche Bedeutung, aber nicht diejenige wahrer Bedingungen.

1. Scheinbedingungen sind die s. g. nothwendigen Bedingungen, d. h. Ereignisse, welche unausbleiblich sind. Sie können negative sein. Mit Unrecht hat man häufig solche Bedingungen als negativ unmögliche bezeichnet;[1] denn es handelt sich nicht um eine Unterart der Unmöglichkeit, sondern um Nothwendiges.

Nothwendige Bedingungen sind in Wahrheit nicht bedingend, aber sie befristen unter Umständen das unbedingte Geschäft.[2] Verspricht z. B. A. dem B. 100, wenn C. sterben sollte, so liegt hierin eine Befristung, aber keine Bedingung.[3]

2. Bedeutungslos ist auch die bloße Wiederholung einer Rechtsbedingung, z. B. in der Bestimmung des Erblassers: „wenn mich meine Frau überlebt, soll sie meine Erbin sein;" denn ohnehin kann nur Erbe werden, wer den Erblasser überlebt, — oder: „wenn meine Erben die Erbschaft angetreten haben, sollen sie dem Titius 1000 als Vermächtniß zahlen;" denn Vermächtnisse werden von Rechtswegen nur geschuldet, wenn die Erbschaft angetreten wird.[4]

---

9) Die Auffassung hat namentlich Thibaut, civilistische Abhandlungen S. 360 ff. vertreten. Sie ist die herrschende; doch finden sich auch Dissentienten, siehe Windscheid Bd. 1 § 86 Anm. 6, der aber mit Recht bemerkt: welches die Auffassung der Quellen sei, kann doch kaum zweifelhaft sein. Vgl. die Stellen der Anm. 8.

1) l. 7 D. de verb. obl. 45, 1. Ulpianus libro 6 ad Sabinum geht von solcher Auffassung aus: Impossibilis condicio cum in faciendum concipitur, stipulationibus obstat: aliter atque si talis condicio inseratur stipulationi „si in caelum non ascenderit": nam utilis et praesens est et pecuniam creditam continet, vgl. Scheurl a. a. O. S. 107.

2) l. 9 § 1 D. de novat. 46, 2. Eine Folge zieht aus dem Satze l. 18 D. de cond. indebiti 12, 6.

3) Vgl. l. 8 D. de verb. obl. 45, 1. Ein derartiges Versprechen enthält eine Bedingung, wenn es davon abhängig sein soll, daß die Vertragschließenden zur Zeit des Todes des C. noch leben; denn das ist ungewiß.

4) Logisch denkbar ist allerdings, daß der Erblasser den Erbschaftsantritt zur wahren Bedingung des Vermächtnisses machen wollte. Dies könnte von Bedeutung werden. Denn das Vermächtniß wird mit dem Tode des Erblassers erworben und geht auf die Erben des Vermächtnißnehmers über, wenn es bloß von

3. Auf die Vergangenheit oder die Gegenwart gestellte Bedingungen — in praeteritum oder in praesens collatae — sind keine wahren Bedingungen; denn sie knüpfen das Rechtsgeschäft an etwas schon Entschiedenes.[5] Waren die Geschäftsschließenden, wie in solchen Fällen die Regel ist, im Ungewissen über das Ereigniß, so giebt doch die Zukunft nur eine Aufklärung über das Geschehene, nicht die Erfüllung einer Bedingung.

4. Auch unmögliche Bedingungen sind nur uneigentliche. Es sind dies Bedingungen, die sich nicht erfüllen können.

Unmögliche Bedingungen vernichten, wenn sie als aufschiebende gefaßt sind, die Verfügungen unter Lebenden;[6] als Resolutivbedingungen sind sie wirkungslos.

Letztwillige Verfügungen aber unter aufschiebenden unmöglichen Bedingungen sind rechtsbeständig. Die Bedingung gilt wie nicht geschrieben. Wie sich das erklärt, ist im Erbrecht zu erörtern.[7]

5. Den unmöglichen Bedingungen stehen die unsittlichen gleich.

---

einer Rechtsbedingung abhängig ist. Ist es aber von einer wahren Bedingung abhängig, so wird es erst mit deren Eintritt erworben und geht verloren, wenn der Vermächtnißnehmer vorher stirbt. Den Römern lag nun nach dem Grundsatze, daß Ueberflüssiges nicht zu unterstellen sei, nahe, in jenem Zusatze eine wahre Bedingung zu finden. Doch erklärte sich die herrschende Ansicht der römischen Juristen dagegen. Ulpianus libro 5 disputationum, l. 19 § 1 D. de cond. et dem. 35, 1. Haec scriptura „si Primus heres erit, damnas esto dare“ pro condicione non est accipienda: magis enim demonstravit testator, quando legatum debeatur, quam condicionem inseruit: nisi forte hoc animo fuerat testator, ut faceret condicionem. Vgl. l. 22 § 1 D. quando dies 36. 2, l. 107 D. de cond. 35, 1, ferner l. 12 D. de cond. inst. 28, 7. — Eine wahre Bedingung nahmen die Römer an, wenn der Erblasser das Legat an den Zusatz knüpfte: „wenn es der Legatar will“, l. 69 D. de cond. et dem. 35. 1, l. 65 § 1 D. de leg. I. Dies um deswillen, weil von Rechtswegen das Legat ohne Wissen und Willen des Legatars erworben wird, aber durch ihn zurückgewiesen werden kann. Der Zusatz enthält also etwas vom Rechte Verschiedenes — eine Bedingung. Der heutige Erblasser wird so fein nicht distinguiren.

5) l. 37 D. de reb. cred. 12, 1. Papinianus libro 1 definitionum: Cum ad praesens tempus condicio confertur, stipulatio non suspenditur. et, si condicio vera sit, stipulatio tenet, quamvis tenere contrahentes condicionem ignorent, veluti „si rex Parthorum vivit centum mihi dari spondes?“ eadem sunt et cum in praeteritum condicio confertur; l. 38. Scaevola libro 1 quaestionum: Respiciendum enim esse, an, quantum in natura hominum sit, possit scire, eam debitu iri; l. 39. Papinianus libro 1 definitionum: Itaque tunc potestatem condicionis optinet, cum in futurum confertur; l. 10 § 1 D. de condic. inst. 28, 7. Eine besondere Auffassung hat Fitting im Arch. für civ. Pr. Bd. 39 S. 326 ff. und Unger Bd. 2 § 82 Anm. 15; vgl. ferner Enneccerus, Rechtsgeschäft Bd. 1 S. 132, aber auch Scheurl a. a. O. S. 100 ff.; Bekker Bd. 2 S. 321, Brinz Bd. 4 § 536.

6) § 11 J. de inut. stip. 3, 19, l. 1 § 11, l. 31 D. de obl. et act. 44, 7, l. 29 D. de fidejuss. 46, 1, l. 137 § 5 D. de verb. obl. 45, 1. Vgl. aber auch l. 9 § 6 D. de reb. cred. 12, 1. Ulpianus libro 26 ad edictum. Item quaeri potest et si, quod tibi numeravi, sub impossibili condicione stipuler: cum enim nulla sit stipulatio, manebit condictio.

7) Siehe unten Bd. 3 § 83.

Unsittlich sind namentlich Bedingungen, welche eine unsittliche Handlung oder Unterlassung zur Erfüllung fordern, z. B. „wenn du die Fabrik des A. niederbrennst, erhältst du 100". Aber auch ethisch zulässige Handlungen oder Unterlassungen gelten als Bedingung dann als unsittlich, wenn ihre Einfügung dem Geschäfte den Charakter des Unsittlichen, insbesondere einer Erpressung, aufdrückt, z. B. „Versprichst du mir 1000, wenn ich dir deine bei mir hinterlegten Papiere herausgebe?" [8 9]

6. Perplexe — widersinnige — Bedingungen sind von unmöglichen verschieden. Sie enthalten einen inneren Widerspruch. Daher vernichten sie als Suspensivbedingungen die Verfügung, auch die letztwillige.[10] Perplexe Resolutivbedingungen gelten als nicht geschrieben.

§ 108. Der Wille des Verpflichteten als Bedingung.[1]

Die herrschende Ansicht behauptet, es sei unmöglich, Geschäfte durch Bedingungen in die reine Willkür des Promittenten zu stellen. Denn eine Einwilligung unter der Bedingung der Einwilligung sei in der That keine.[2] Nur auf eine sonstige Handlung des bedingt Verpflichteten oder auf dessen sachverständiges Ermessen gestellte Bedingungen seien zulässig.

Mit dieser Theorie stimmt nicht, daß die Quellen und das prak-

---

8) Ueber unsittliche Bedingungen vgl. Brinz Bd. 4 § 539, Hölder, Pand. § 51, welcher die zweite Art der unsittlichen Bedingungen als „kaptatorische" bezeichnet, an sich nicht übel, nur ist der Ausdruck schon vergeben, unten Bd. 3 § 81.

9) Regelsberger Bd. 1 § 153 bezeichnet allgemein Geschäfte unter Lebenden, welche mit einer unsittlichen auflösenden Bedingung behaftet sind, als ungültig. Mit Unrecht. Wenn z. B. A. sein Haus dem B. so verkauft, daß der Kauf aufgehoben sein soll, wenn A. aus dem Zuchthaus kommt und in dem Hause ein Bordell errichten will, so ist nach Logik und Zweckmäßigkeit die auflösende Bedingung nichtig, der Kauf aber unbedingt. Anders nur, wenn die auflösende Bedingung dem Geschäfte als solchem einen unsittlichen Charakter giebt. So Savigny Bd. 3 S. 193.

10) l. 188 D. de R. J. 50, 17. Vgl. l. 16 D. de condic. institutionum 28, 7. Marcianus libro 4 institutionum: „Si Titius heres erit, Sejus heres esto: si Sejus heres erit, Titius heres esto". Julianus inutilem esse institutionem scribit, cum condicio existere non possit. Hierüber siehe jedoch E. A. Seuffert im Archiv für civ. Praxis Bd. 68 n. 10.

1) Die Fragen, welche hier in Betracht kommen, wurden neuerdings im Anschluß an den Kauf auf Probe — unten Bd. 2 § 95 — in einer Reihe interessanter Aufsätze erörtert. Zuvörderst behandelte Goldschmidt den Kauf auf Probe eingehend und allseitig in seiner Zeitschrift Bd. 1 n. 5, 9, 11; ihm folgte Fitting daselbst Bd. 2 n. 5; wiederum Unger daselbst Bd. 3 n. 7 und Fitting daselbst Bd. 5 n. 3. Die Resultate dieser Aufsätze stellte zusammen Fitting im Archiv für civ. Praxis Bd. 46 n. 11. Vgl. hierzu Unger in Iherings Jahrb. Bd. 25 n. 6, Franz Leonhard in Iherings Jahrb. Bd. 39 n. 4.

2) Die herrschende Ansicht hat namentlich Unger a. a. O. ausgeführt. Sie vertreten auch Windscheid Bd. 1 § 93; Brinz a. a. O. § 539; vgl. aber Regelsberger Bd. 1 § 153.

tische Leben den Kauf *auf Probe* kennen, welcher unter der Bedingung geschlossen wird, daß die Waare dem Käufer gefällt.[3] Denn die Erklärung des Gefallens oder Nichtgefallens steht in der reinen Willkür des Käufers.[4]

Das Richtige ist wohl Folgendes. — Es sind zwei verschiedene Fälle zu unterscheiden:

a) Die Erklärung, daß man in ein angetragenes Geschäft je nach Willen und Gefallen inskünftige eintreten werde, hat häufig den Sinn, daß man den *Abschluß für jetzt ablehnt* und nur in juristisch unverbindlicher Weise einen eventuellen künftigen Geschäftsschluß in Aussicht stellt. So, wenn man einem Kaufmann erklärt, man werde die angebotene Sache kaufen, wenn man künftige Weihnachten Bedarf oder Geld oder Lust haben werde. Auch wenn der Kaufmann seine Zufriedenheit damit erklärt, kommt es hier nicht zum Geschäftsschluß. Es liegt *Dissens* vor, nicht *Konsens*.[5]

b) Ganz anders aber, wenn man ein Geschäft schließt unter der Bedingung, daß man dabei werde stehen bleiben wollen, insbesondere, daß uns die verkaufte Waare gefallen werde. Hier liegt *Konsens* vor,

---

3) § 4 J. de empt. et vend. 3, 23. Emptio tam sub condicione quam pure contrahi potest. sub condicione veluti „si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot."

4) Vgl. B.G.B. § 495. Allerdings stellen manche Schriftsteller in Abrede, daß der Kauf auf Probe von der Willkür des Käufers abhängig ist, andere, daß der Kauf auf Probe ein bedingtes Geschäft sei, vgl. die in Anm. 1 und 2 citirten Schriften. Doch es handelt sich hierbei um Thatsachen, die zu erklären, nicht abzuleugnen sind.

5) Der römischen Jurisprudenz traten zunächst Fälle entgegen, in welchen die Promittenten gerade um deswillen auf ihr künftiges Wollen verwiesen, weil sie sich noch nicht binden wollten. Hiervon abstrahirte man als allgemeine Regel, daß solche Versprechen keine Obligation erzeugten, l. 8 D. de obl. et act. 44, 7. Pomponius libro 16 ad Sabinum. Sub hac condicione „si volam" nulla fit obligatio, pro non dicto enim est, quod dare nisi velis cogi non possis . . . l. 7 pr. D. de contr. empt. 18, 1, l. 17, l. 46 § 3, l. 108 § 1 D. de verb. obl. 45, 1, l. 13 C. de contrahenda emptione 4, 38 Diocletianus et Maximianus. In vendentis vel ementis voluntatem collata condicione comparandi, quia non adstringit necessitate contrahentes, obligatio nulla est. Allein dies war doch nur die eine Seite. Die andere ist den Römern nicht entgangen, wie sich in der Anerkennung des Kaufes auf Probe zeigt, vgl. oben Anm. 3. Damit haben sie stillschweigend, aber deutlich rektificirt, worin sie in ihren allgemeinen Aussprüchen zu weit gingen. Das letzte Wort ist eben: es ist eine Frage der Auslegung, ob man sich durch die Verweisung auf künftige eigene Entschlüsse noch gar nicht binden, oder ob man sich bedingt binden will. Das erstere nehmen die Römer namentlich an, wenn man verspricht, „si volam", das letztere „si Stichus mihi placuerit". Dies entspricht der Weise, wie man sich im Verkehr auszudrücken pflegt. Aehnliche Gedanken hat Fitting a. a. O. vertheidigt. Man hat ihm vorgeworfen, er verlange einen Glauben an den Kultus des Wortes, welcher in der Lehre von der Bedingung, dem Kauf, der letztwilligen Verfügung unbegreiflich sei, Windscheid Bd. 1 § 93 Anm. 4. Dies trifft keinesfalls unsere Auffassung. Es handelt sich um verschiedene Intentionen. Aber diese Intentionen kleiden sich nach der menschlichen Verkehrssitte in verschiedene Formen. Nicht wesentlich abweichend Franz Leonhard a. a. O.

wiewohl der Theil, welcher sich seinen weiteren Entschluß noch vorbehalten hat, vorerst freie Hand hat. Hier bildet seine künftige Erklärung nicht erst den Vertragsschluß, sondern die Erfüllung der Bedingung des geschlossenen Vertrags. Einseitig abgegeben, perficirt sie das Geschäft; es bedarf keiner Annahme von der Gegenseite, wie dies der Fall wäre, wenn der Vertrag noch zu schließen wäre; sie ist auch nicht an die Formen gebunden, welchen der Geschäftsschluß selbst etwa unterliegt.

Nicht selten behauptet man, daß Bedingungen, deren Erfüllung vom Willen des Promittenten abhängig sei, einer besonderen Behandlung unterlägen, daß insbesondere bei ihnen Rückziehung nicht stattfinde. Dies ist nicht beweisbar. [6]

§ 109. Suspensivbedingungen. Schwebezustand. [1]

Das bedingte Geschäft ist zunächst in einem Schwebezustand — in pendenti. Erst die Folgezeit bringt die Entscheidung, und zwar entweder die Erfüllung — condicio exsistit —, womit das Geschäft vollwirksam wird, oder das Ausfallen der Bedingung — condicio deficit —, womit es vereitelt ist.

1. Inzwischen besteht das Recht noch nicht, welches vom Eintritt der Bedingung abhängig gemacht ist.

Noch kann es also nicht erfüllt werden. [2]

Wenn gleichwohl der bedingte Schuldner, weil er die Bedingung nicht kennt oder für eingetreten erachtet, aus Irrthum zahlt, so ist er, solange die Bedingung schwebt, zur Rückforderung mit der condictio indebiti befugt; [3] nur kann, wenn er kautionspflichtig sein sollte, der Gläubiger das Gezahlte als Kaution zurückhalten. Hat aber der bedingt Schuldende, wissend, daß die Bedingung noch schwebt, gezahlt, so liegt hierin zunächst Stellung einer Kaution und erst nach Eintritt der Bedingung Schuldtilgung. [4]

---

6) Die Frage behandelt eingehend Wächter, Pandekten Bd. 1 S. 391. Ueber die Hauptstelle für die Gegenansicht l. 9 § 1 D. qui pot. 20, 4 vgl. unten § 274.

1) Vgl. Wächter, Württ. P. R. Bd. 2 S. 196 ff.; Scheurl a. a. O. S. 122; Wendt, vom bedingten Rechtsgeschäfte S. 2 ff. Regelsberger Bd. 1 § 155.

2) Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam l. 13 § 5 D. de pign. 20, 1 sagt: si sub condicione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est, ante condicionem non recte agi, cum nihil interim debeatur... l. 213 D. de V. S. 50, 16, § 4 J. de verb. obl. 3, 15: ex condicionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem transmittimus, si, priusquam condicio existat, mors nobis contigerit.

3) l. 16 pr. D. de cond. indebiti 12, 6. Pomponius libro 15 ad Sabinum. Sub condicione debitum per errorem solutum pendente quidem condicione repetitur, condicione autem exsistente repeti non potest, l. 48 D. eod., l. 38 § 3 D. de solut. 46, 3.

Wird Eigenthum unter einer Bedingung übertragen, so bleibt während ihres Schwebens der Veräußernde noch der Eigenthümer der Sache; er kann sie vindiciren,[5] veräußern, belasten.[6] Durch Aushändigung erhält der bedingt Berechtigte nur juristischen Besitz;[7] durch gewinnsüchtige Veräußerung macht er sich daher der Unterschlagung schuldig.

2. Das Geschäft sichert bereits von seinem Abschluß an die Anwartschaft des bedingt Berechtigten. Dies bewährt sich in folgenden Rechtssätzen.

a) Alter Zeit entstammt die Regel des jus civile: quotiens per eum, cujus interest condicionem non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi ac si impleta condicio fuisset.[8] Es ist wie eine Wiedervergeltung gegenüber dem bedingt Belasteten, daß die Bedingung als erfüllt gilt, wenn er deren Vereitelung herbeiführt. Die Regel greift aber nicht ein, wenn die Bedingung gerade seiner Entschließung anheimgestellt sein sollte, z. B. im Falle eines Kaufes auf Probe. Keineswegs aber ist, was Manche behaupten, zum Eintritt der Regel Dolus des bedingt Verpflichteten nothwendig. Erfordert ist vielmehr nur, daß er die Erfüllung wider den Sinn des Geschäftes absichtlich vereitelt.[9]

b) Der bedingt Verpflichtete ist dem anderen Theile wegen schuld-

---

4) l. 16 D. de solut. 46. 3.

5) Vgl. l. 66 D. de rei vind. 6, 1. Hat der Veräußerer den bedingt Berechtigten in den Besitz gesetzt, so ist derselbe gegen die Vindikation desselben bis zur Entscheidung der Bedingung geschützt, l. 7 § 3 D. de jure dotium 23, 3.

6) Das dingliche Verfügungsrecht wurde dem Veräußerer da ausnahmsweise entzogen, wo es absolut mit den Anrechten des bedingt Berechtigten unverträglich war, so daß seine Ausübung eine fraus gegen denselben gebildet hätte, l. 11 D. de manum. 40. 1, l. 34 D. de religiosis 11, 7.

7) Denkbar ist auch, daß der bedingt Berechtigte bei der Uebergabe nur bedingterweise juristischen Besitz, zunächst aber bloße Detention erhält, l. 38 § 1 D. de a. vel a. p. 41, 2. Mit Recht verneint aber Ihering, daß diese Konstruktion als die regelmäßige anzusehen sei; es liegt in ihr etwas überaus Künstliches. Gegen Ihering erklärte sich jedoch Scheurl a. a. O. S. 141 ff.

8) Ulpianus libro 77 ad edictum l. 161 D. de reg. jur. 50, 17. Ulpian hat hier den Ausspruch Julians in der l. 24 D. de cond. et dem. 35, 1 im wesentlichen wörtlich abgeschrieben. Die Vergleichung der beiden Stellen ergiebt, daß in der l. 24 ein „non" vor „implere" trotz der Florentina zu ergänzen ist. — Daß die Regel zuerst für testamentarische Freilassungen eingeführt war, dann von der Mehrzahl der Juristen auf andere letztwillige Verfügungen übertragen wurde und schließlich bei Geschäften unter Lebenden Anwendung fand, geht aus den Ausführungen Julians und Ulpians deutlich hervor. Vgl. noch l. 3 § 9 D. de cond. causa data 12. 4, l. 50 D. de contr. empt. 18, 1, l. 5 § 5 D. quando dies 36, 2, l. 85 § 7 D. de verb. obl. 45, 1.

9) R.O.H.G. Bd. 21 S. 125, vgl. R.G. Bd. 10 S. 296, Bd. 14 S. 161, Seuff. A. Bd. 36 n. 9. Nach B.G.B. § 162 Abs. 1 gilt die Bedingung als eingetreten, wenn ihr Eintritt „wider Treu und Glauben" verhindert wurde.

hafter Handlungen, insbesondere wegen Beschädigung, Zerstörung der geschuldeten Sache während der Schwebezeit verantwortlich.[10]

c) Er hat Sicherheit zu leisten, und zwar bei Vermächtnissen schlechthin, — es habe denn der Erblasser die Kaution erlassen[11] —, bei Geschäften unter Lebenden im Falle der Gefährdung.[12]

d) Der bedingte Anspruch kann im Konkurse des Schuldners angemeldet werden.[13]

e) Er ist veräußerlich und verpfändbar.[14]

§ 110. Die Entscheidung der Bedingung.

1. Affirmative Bedingungen werden erfüllt, wenn sich die zur Bedingung gesetzten Begebenheiten verwirklichen, vereitelt, wenn es feststeht, daß sie sich nicht verwirklichen;[1] negative Bedingungen sind erfüllt, wenn es sicher ist, daß sich nicht ereignet, was nach der Bedingung nicht geschehen soll, ausgefallen, wenn es sich ereignet.[2]

2. Nicht selten entstehen Zweifel über die Tragweite der Bedingungen. Sie sind nicht einseitig nach den Worten, sondern nach der zu Grunde liegenden Meinung zu beurtheilen, wobei der Zweck des Geschäftes und dessen Gesammthaltung oft die Anhaltspunkte geben.[3]

a) Insbesondere giebt die Auslegung von Potestativbedingungen

---

10) arg. l. 4 pr. D. de lege commissoria 18, 3. Der Anspruch wegen der schuldhaften Handlung wird erst fällig nach Erfüllung der Bedingung. Bis dahin ist auch er bedingt.

11) l. 2 C. ut in possessionem legatorum 6, 54.

12) l. 41 D. de judiciis 5, 1, l. 38 pr. D. pro socio 17, 2. Zum Schutz bedingter Ansprüche sind einstweilige richterliche Verfügungen möglich.

13) Vgl. K.O. §§ 54 Abs. 3, 67, 96, 154, 156, 168 Ziff. 2, 169, 171. Im Corpus juris besteht anscheinend eine Antinomie, vgl. l. 6 pr.. l 14 § 2 D. quibus ex causis 42, 4. Dernburg, emtio bonorum S. 97 ff.; Wendt a. a. O. S. 38 ff.

14) Bezüglich der bedingten Legate erregt Zweifel l. 41 D. de cond. 35, 1. Vgl. aber R.G. Bd. 8 S. 192.

1) Ist eine Handlung zur Bedingung gemacht, so muß sie in der Regel sobald als möglich vorgenommen werden, bei unentschuldigter längerer Verzögerung gilt die Bedingung als ausgefallen. l. 29 D. de cond. 35, 1. Julianus libro 1 ad Ursejum Ferocem. Haec condicio „si in Capitolium ascenderit" sic recipienda est „si cum primum potuerit Capitolium ascendere".

2) Sind die negativen Bedingungen an eine Zeit gebunden, so sind sie erfüllt, wenn die Zeit verfloß, ohne daß das verpönte Ereigniß geschah. Die Erfüllung negativer Potestativbedingungen, welche an keine Zeit gebunden sind, ergiebt sich in der Regel erst mit dem Tode des bedingt Berechtigten, da nunmehr erst ausgeschlossen ist, daß er die verpönte Handlung, z. B. eine Wiederverheirathung, noch vornimmt, § 4 J. de verb. obl. 3. 15. Die verpönte Handlung kann jedoch unter Umständen auch früher unmöglich werden, z. B. „wenn du die Titia nicht heiratheſt", und die Titia stirbt.

3) l. 101 pr. D. de cond. 35, 1, l. 19 D. eod.

leicht zu Streit Veranlassung.[4] Genügt es, daß der bedingt Berechtigte alles that, was zu ihrer Verwirklichung erfordert war, auch wenn der Erfolg ausblieb, oder ist dessen Eintritt unerläßlich? Bei letztwilligen Zuwendungen, die an eine Handlung des bedingt Berechtigten geknüpft sind, welche nur unter Mitwirkung eines mittelbar interessirten Dritten vollziehbar ist, besteht ein der Erfüllung der Bedingung und damit der Verwirklichung der Honorirung günstiger Rechtssatz. Hiernach genügt bei solchen Bedingungen im Zweifel die Erklärung der Bereitschaft des bedingt Berechtigten zu der zur Bedingung gemachten Handlung, auch wenn diese an der Weigerung jenes Dritten scheitert.[5] Wer z. B. zum Erben unter der Bedingung der Ehe mit der X. eingesetzt ist, erfüllt die Bedingung schon durch einen Heirathsantrag, wenn er auch zurückgewiesen wird.

Auf Geschäfte unter Lebenden ist dieser Satz nicht zu beziehen.[6]

b) Besteht die Bedingung in einer Handlung, die wiederholt werden kann, z. B. in einer Gabe an die Armen von 1000 Mark, so reicht es in der Regel nicht aus, daß eine derartige Handlung zufällig in Unkenntniß der Verfügung geschah; vielmehr gilt die Bedingung nur als erfüllt, wenn die Handlung in Kenntniß der Verfügung geschah.[7]

---

4) Eine Bedingung, welche durch eine Handlung des Bedachten zu erfüllen ist, fällt aus, wenn dieser zu der Zeit, in welcher er sie vornehmen konnte, dem andern Theil erklärt, daß er sie nicht vornehmen wolle; er steht damit von seinem Rechte ab. Bekker Bd. 2 S. 332.

5) l. 5 § 5 D. quando dies 36, 2. Ulpianus libro 20 ad Sabinum. Item si qua condicio sit, quae per legatarium non stat, quo minus impleatur, sed aut per heredem aut per ejus personam, in cujus persona jussus est parere condicioni. dies legati cedit, quoniam pro impleta habetur: ut puta si jussus sim heredi decem dare et ille accipere nolit. sed et si ita mihi legatum sit, si Sejam uxorem duxero, nec ea velit nubere, dicendum erit diem legati cedere, quod per me non stat. quo minus paream condicioni, sed per alium stat, quo minus impleatur condicio, l. 3. l. 11, l. 23 D. de cond. inst. 28. 7. Vgl. Maaßen, Erörterungen S. 5 ff. Savigny Bd. 3 S. 138 — im wesentlichen ebenso Brinz Bd. 4 § 543 — formulirt den Satz dahin, daß die Bedingung als erfüllt gelte, wenn derjenige, auf dessen Vortheil die Erfüllung berechnet ist, auf denselben freiwillig verzichtet. Diese Fassung ist zu eng. Denn hiernach müßte erst bewiesen werden, damit die Rechtsfolge einträte, daß die Bedingung vom Erblasser im Interesse des Dritten zugefügt war, was z. B. bei der Bedingung, eine bestimmte Person zu heirathen, schwer beweisbar wäre. Gerade dies wird daher bei Bedingungen, bei welchen Dritte mitzuwirken haben, präsumirt, und um deswillen steht die Verweigerung ihrer Mitwirkung der Erfüllung gleich. Der weitere Umfang dagegen, welchen Windscheid Bd. 1 § 92 der Präsumtion zuschreibt, läßt sich unseres Ermessens aus den Quellen nicht begründen. Doch waren die römischen Juristen selbst über die Tragweite der Präsumtion nicht einig, vgl. einerseits l. 23 § 2 D. ad legem Aquiliam 9, 2, l. 31, l. 94 pr. l. 112 § 1 D. de cond. 35, 1, l. 20 § 2 D. de statuliberis 40. 7 und andererseits l. 54 § 2 D. de leg. I, bezüglich deren Savignys Konjektur Bd. 3 S. 148 nicht annehmbar ist. Vgl. Regelsberger Bd. 1 § 154 Anm. 4.

6) So auch Windscheid Bd. 1 § 92 Anm. 3; anderer Ansicht u. a. Savigny Bd. 3 S. 140, zweifelnd Brinz a. a. O.

3. Es ist oben ausgeführt, daß es der Erfüllung der Bedingung gleichsteht, wenn der durch das Geschäft Verpflichtete kontraktwidrig diese Erfüllung hindert.[8]

§ 111. Rechtsfolgen der Entscheidung.

1. Mit dem *Ausfallen* der Bedingung entscheidet sich die *Vereitelung* des Geschäftes. Inzwischen zu seiner Ausführung oder behufs Sicherstellung Geleistetes ist zurückzuerstatten. Die Rückforderung kann bei Geschäften, die auf Vertrag beruhen, durch die Kontraktsklage geschehen.[1]

2. *Eintritt* der Bedingung *vollendet* das Geschäft. Nunmehr erst hat der bedingte Schuldner zu leisten. Deshalb muß die Möglichkeit der Erfüllung *jetzt* vorhanden sein. Ein bedingter Kauf z. B. wird nur perfekt, wenn die Kaufsache zur Zeit des Eintritts der Bedingung noch existirt.[2 3]

Der Eintritt der Bedingung ist eine *rechtsbestätigende* Thatsache.[4] Um deswillen spricht man von *einer Rückziehung* — Retrotraktion — der Bedingung.

Die Theorie der Bedingungen verliert ihren Halt, wenn man, wie dies Manche thun, die Rückziehung leugnet.[5 6] Aber man geht auch

---

7) l. 2, l. 11 § 1 D. de cond. 35, 1, vgl. jedoch Bangerow Bd. 2 § 435 S. 118.

8) Siehe oben S. 254.

1) l. 8 pr. D. de per. et commodo 18, 6, l. 21 D. de sol. 46, 3; vgl. l. 4 pr. D. de lege commissoria 18, 3. Ohne Zweifel kann auch der zur Rückerstattung Verpflichtete wegen etwaiger Verschuldung in Anspruch genommen werden.

2) l. 8 pr. D. de per. et commodo 18, 6. l. 10 § 5 D. de jure dotium 23, 3. Beim bedingten Kauf trifft daher den Käufer die Gefahr der Verschlechterung, nicht aber des Unterganges der Kaufsache während der Schwebezeit. Näheres beim Kaufgeschäfte unten Bd. 2 § 96. Ueber die Verantwortlichkeit des Verkäufers, welchem der Untergang der Kaufsache zur Last fällt, vgl. oben S. 255 Anm. 10.

3) Umgekehrt genügt es, daß die Möglichkeit der Vertragserfüllung im Augenblicke des Eintrittes der Bedingung besteht, wenn sie auch zur Zeit des Geschäftsschlusses nicht bestand, l. 31, l. 98 pr. D. de verb. obl. 45, 1.

4) Vgl. das oben § 82 Ausgeführte.

5) Ob die Bedingung rückwirkende Kraft habe, ist seit langer Zeit kontrovers. Die Kontroverse ist um so hartnäckiger, weil man unter der Rückziehung der Bedingung Verschiedenes versteht. Die Hauptschriften über die Frage siehe bei Windscheid Bd. 1 § 91. Windscheid selbst in seiner Abhandlung: die Wirkung der erfüllten Bedingung, Basel 1852, und Pandekten §§ 89, 91 hat folgende Theorie: Die Rückwirkung sei Frage der Absicht der Betheiligten; im Zweifel sei sie zu verneinen, in allen Fällen bestehe eine *Gebundenheit* und zwar eine *dingliche*. Natürlich bestehe dieselbe nur für den Fall des Eintrittes der Bedingung und nur zu Gunsten des Rechtes des bedingt Berechtigten. So auch Regelsberger Bd. 1 § 156. Von dieser Konstruktion scheint auch B.G.B. §§ 158, 161 auszugehen. Mit Recht bemerkt hierüber Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 165: „jene Gebundenheit ist ein ganz unfaß-

fehl, wenn man sie wie eine Fiktion behandelt, nach welcher das Geschäft von seinem Abschluß an wirksam wäre.

Die Bedeutung der Retrotraktion liegt darin, daß die Zeit des Geschäftsschlusses und nicht die der Erfüllung der Bedingung das Datum des Geschäftes bestimmt. Hierdurch gewinnt es den festen Pol im Rechtsleben.[7] Besonders wichtig ist dies für dingliche Rechte. Die bedingte Eigenthumsübertragung schützt in Folge der Rückziehung den

---

bares Ding, ein Begriff, dem es noch an der genügenden Klarheit mangelt, ein Name, nichts weiter". Die Konstruktion der Rückziehung ist durchsichtiger und befriedigender. Sie ist die römische: a) Die Rückziehung der Forderungsrechte bezeugt insbesondere l. 11 § 1 D. qui pot. 20, 4. Gajus libro singulari de formula hypothecaria. Videamus, an idem dicendum sit, si sub condicione stipulatione facta hypotheca data sit, qua pendente alius credidit pure et accepit eandem hypothecam, tunc deinde prioris stipulationis exsistat condicio, ut potior sit. qui postea credidisset. sed vereor, num hic aliud sit dicendum: cum enim semel condicio extitit, perinde habetur ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset. Es wird also das Datum des Geschäftsschlusses als maßgebend erklärt. Aehnlich l. 8 pr. D. de per. et commodo 18, 6, Paulus: „obligatos esse — quasi jam contracta obligatione — in praeteritum." Vgl. auch l. 16 D. de solut. 46, 3. b) Besonders kontrovers ist die Frage der bedingten Eigenthumsübertragung. Für die Annahme der Rückziehung auch in diesem Fall ist W. Sell, bedingte Traditionen 1839, gegen dieselbe Enneccerus a. a. O. S. 442, vgl. auch Bangerow Bd. 1 § 95 S. 146. Es ist zuzugestehen, daß bei den römischen Juristen Meinungsverschiedenheiten bestanden. Auf verschiedene Auffassungen weist u. a. die — übrigens mehrfach interpolirte — l. 9 § 1 D. de jure dotium 23, 3 von Ulpian, verglichen mit l. 2 § 5 D. de donat. 39, 5 von Julian hin. Wer aber die Rückziehung leugnete, mußte zu dem Ergebniß kommen, daß die Tradition unwirksam sei, wenn der Empfänger oder Tradent vor Eintritt der Bedingung stirbt. Dies aber wäre eine sehr unbefriedigende Folge. Schon deshalb fand die Rückziehung im Fall einer bedingten Eigenthumsübergabe Anerkennung, vor allem in der citirten l. 9 § 1 D. de j. d. 23, 3, l. 8 D. de r. cred. 12, 1. Pomponius libro 6 ex Plautio. Proinde mutui datio interdum pendet, ut ex post facto confirmetur: veluti si dem tibi mutuos nummos, ut, si condicio aliqua exstiterit, tui fiant sisque mihi obligatus: item si legatam pecuniam heres crediderit, deinde legatarius eam noluit ad se pertinere, quia heredis ex die aditae hereditatis videntur nummi fuisse, ut credita pecunia peti possit. Das Darlehen wird von Pomponius als rückwärtshin vom Moment der Hingabe rechtsbeständig bezeichnet, wenn die Bedingung der Uebereignung eintritt. Dies doch offenbar, weil auch der bedingte Eigenthumsübergang auf den Moment der Hingabe zurückgezogen wird. Denn ein Darlehen kann erst mit der Uebereignung entstehen. Durch die Zusammenstellung mit dem Fall, in welchem der Erbe legirtes Geld kreditirt, welches in Folge der Ausschlagung des Legates rückwärts hin als ihm gehörig angesehen wird, tritt der Gesichtspunkt der Rückziehung noch bestimmter hervor. Enneccerus sagt selbst S. 481: „es bedeutet einen Fortschritt, daß der Privatwille eine feste, von der Fortdauer dieses Willens, der Willensfähigkeit und des Lebens unabhängige Erklärung abzugeben vermag für die Fälle, in welchen die Wirkung erst für einen späteren Zeitpunkt beabsichtigt ist oder eintreten kann. Außerdem läßt die l. 9 § 1 D. de jur. dot. das Drängen nach dieser freieren Auffassung erkennen." Vgl. auch Brinz Bd. 4 § 544.

6) Bei bedingten Vermächtnissen tritt die Rückziehung nicht ein. Das Nähere siehe im Erbrecht, unten Bd. 3 § 107.

7) Konsequenzen der Rückziehung bedingter Forderungen treten in folgenden Stellen hervor: l. 27 D. pro socio 17, 2, l. 27 pr. D. qui et a quibus 40, 9, l. 14 § 1 D. de novat. 46, 2, l. 16 D. de solut. 46, 3.

Erwerber gegen alle Verfügungen, welche der Veräußerer bezüglich der Sache noch nach dem Geschäftsschluß vornimmt. Bedingt eingeräumte dingliche Rechte an fremder Sache, ferner bedingte Pfandrechte nehmen ihren Rang unter den dinglichen Rechten nach der Zeit ihrer Bewilligung, nicht nach der Zeit der Erfüllung der Bedingung ein.

Die Rückziehung der Bedingung hat dagegen *nicht* die Bedeutung, daß dem bedingt Berechtigten die *Nutzungen* der Zwischenzeit zukommen.[8] Es steht aber nichts im Wege, sie ihm für den Fall des Eintrittes der Bedingung zuzusagen.[9] Sie gelten ihm sogar *im Zweifel* als für diesen Fall überlassen, wenn er vorher in den Besitz gesetzt ist,[10] z. B. bei einem Kauf auf Probe oder suspensivem Eigenthumsvorbehalt bis zur Zahlung des Kaufpreises. Dagegen hat der Käufer dann auch den Kaufpreis von der Zeit des Besitzerwerbes an zu verzinsen, weil er nicht Sache und Preis zugleich nutzen soll.[11]

Das bedingte Recht kann erst vom Eintritt der Bedingung an durch Klage geltend gemacht werden. In diesem Sinne ist es befristet.

§ 112. Resolutivbedingungen.[1]

1. Das *Ausfallen* der Resolutivbedingungen konsolidirt das Geschäft. Etwaige für den Fall ihres Eintrittes gestellte Sicherheiten sind zurückzuerstatten.

2. Die *Erfüllung* der *Resolutivbedingung*[2] hat bald bloß *persönliche* bald *dingliche* Wirkung.[3]

8) Für das Recht des bedingt Berechtigten auf die Nutzungen der Zwischenzeit erklärt sich Thibaut, civil. Abhandlungen S. 363, welcher ältere Schriftsteller anführt; auch Savigny Bd. 3 S. 152 sieht hierin die Regel; dagegen sind aber die meisten Neueren; vgl. Vangerow a. a. O.

9) l. 64 D. de verb. obl. 45, 1 bezeichnet bestimmt Regel und Ausnahme.

10) Dies geht wohl aus l. 8 pr. D. de per. et comm. 18, 6 „et fructus medii temporis venditoris sunt si pendente condicione res extincta fuerit" mittels arg. a contrario hervor.

11) Der Ersitzungsbesitz des Käufers, welchem der Verkäufer eine ihm nicht gehörende Sache bedingt tradirt hat, beginnt erst mit Erfüllung der Bedingung. Dies hat man — Vangerow Bd. 1 § 95 — gegen die Rückziehung der Bedingung benutzt. Der Grund liegt aber darin, daß dem Käufer in der Zwischenzeit der Glaube, Eigenthümer zu sein, also die für die Ersitzung erforderte fides, fehlte, „nondum putat se emisse", l. 2 § 2 D. pro emptore 41, 4.

1) Arthur Kohler im Arch. f. bürg. R. Bd. 15 S. 1. Der Begriff der Resolutivbedingung ist oben § 106 entwickelt.

2) Die Wirkung der Resolutivbedingungen besprechen: Thibaut, civilistische Abh. S. 359 ff.; Rießer in Lindes Zeitschrift Bd. 2 n. 1 und 8; Vangerow Bd. 1 S. 96; Fitting in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 2 S. 240 ff.; Czyhlarz, Resolutivbedingung 1871; Schulin, Resolutivbedingungen 1875; vgl. weitere Litteratur bei Fitting a. a. O. S. 243; Windscheid Bd. 1 § 86 Anm. 6, § 90 Anm. 3, Brinz Bd. 4 § 545, Regelsberger Bd. 1 § 152 Anm. 15.

a) Der Zweck kann sein, eventuell eine persönliche Verpflichtung des Mitkontrahenten zur Wiederherstellung des früheren Zustandes zu begründen. In die Rechtsstellung Dritter greift sie dann nicht ein. Nur persönliche Wirkung hat z. B. der Vorbehalt, wonach der Käufer bei Nichtgefallen der Waare den Kauf aufheben darf.[4]

b) Die Resolutivbedingung kann — was freilich Manche bestreiten — auch mit dinglicher Kraft ausgerüstet sein. Dann ist sie weniger harmlos. Durch ihren Eintritt wird der frühere Rechtszustand von selbst hergestellt, also jede auf dem resolutiv bedingten Geschäfte beruhende Veränderung unmittelbar beseitigt. Die Vernichtung betrifft wie den Mitkontrahenten, so auch Dritte, welche Rechte von ihm ableiten. Resoluto jure concedentis resolvitur jus accipientis.

Dem älteren römischen Rechte waren dingliche Resolutivbedingungen allerdings fremd. Sie kamen zunächst bei Verkäufen unter lex commissoria und addictio in diem zur Anerkennung.

Lex commissoria ist der Nebenvertrag, wonach der Verkauf im Falle nicht rechtzeitiger Zahlung des Kaufpreises vom Verkäufer gelöst werden kann;[5] addictio in diem, wonach dies im Falle eines besseren, innerhalb gewisser Zeit gemachten Kaufgebotes geschehen kann.[6] Solche Klauseln würden wenig Werth haben, wenn sie der dinglichen Wirkung entbehrten. Dies gilt besonders von der lex commissoria. Sie ist von dem Zweifel an der Zahlungsfähigkeit des Käufers eingegeben; ihre Bedeutung liegt in der Gewährung einer dinglichen Sicherung für die Zahlung des Kaufpreises.

Noch zu Anfang der Kaiserzeit behandelte man lex commissoria und addictio in diem als aufschiebende Bedingungen. Damit

---

3) Manche Schriftsteller verstehen unter „wahren" Resolutivbedingungen nur solche, die dinglich wirken, vgl. die bei Fitting a. a. O. S. 243 angeführten Schriftsteller. Fitting hat indessen nachgewiesen, daß die Römer auch bei bloß persönlich wirkenden Klauseln von Geschäften reden, die „sub condicione solvuntur". Vgl. namentlich l. 1 D. de donat. 39, 5 und l. 2 C. de cond. ob causam datorum 4, 6.

4) l. 3 in fine D. q. m. p. vel hyp. solv. 20, 6. Ulpianus libro 8 disputationum . . . ubi sic res distracta est, nisi emptori displicuisset, pignus finiri non putet. Das gegenüber dem Käufer vor dem Eintritt der Resolutivbedingung an der Kaufsache begründete Pfandrecht bleibt also bestehen. Dagegen ist der Käufer natürlich zur Rückforderung des Kaufpreises nur befugt, wenn er die Kaufsache ohne Verschlechterung zurückgiebt, also insbesondere auch frei von Pfandrechten, die während der Zeit seines Eigenthums erwuchsen. Ueber den Grund, weswegen beim pactum displicentiae bloß persönliche Verbindlichkeiten entstanden, vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 215.

5) l. 2, l. 4 pr., l. 5 D. de lege commissoria 18, 3.

6) l. 1 D. de in diem add. 18, 2. Paulus libro 5 ad Sabinum. In diem addictio ita fit: ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra kalendas Januarias proximas meliorem condicionem fecerit, quo res a domino abeat.

wurde zwar der Zweck erreicht, den Verkäufer dinglich zu sichern; denn er behielt das Eigenthum, solange ihm der Kaufpreis nicht bezahlt, beziehentlich solange die für das Einlegen des besseren Gebotes bestimmte Frist nicht abgelaufen war. Aber im übrigen war diese Behandlung den Interessen beider Theile nicht gemäß. Denn in der Zwischenzeit entbehrte der Käufer der dinglichen Verfügungsmacht über die Sache und er gewann an ihr kein Ersitzungsrecht; den Verkäufer aber traf noch die Gefahr des Unterganges.

Der Absicht und den Interessen der Betheiligten entsprach es daher in höherem Grade, wenn man addictio in diem und lex commissoria im Zweifel als Resolutivbedingungen mit dinglicher Kraft behandelte. Dies geschah auf Grund der Autorität von Julian.[7] Resolutivbedingungen dinglicher Kraft fanden seitdem auch sonst in Rom Anerkennung.[8 9]

7) l. 2 §§ 3. 4 D. pro emptore 41, 4. Paulus libro 54 ad edictum. Sabinus, si sic empta sit, ut nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inempta res fieret, non usucapturum, nisi persoluta pecunia. Sed videamus utrum condicio sit hoc, an conventio: si conventio est, magis resolvetur, quam implebitur. — Si in diem addictio facta sit, id est nisi si quis meliorem condicionem attulerit, perfectam esse emptionem et fructus emptoris effici et usucapionem procedere Julianus putabat: alii et hanc sub condicione esse contractam, ille non contrahi, sed resolvi dicebat: quae sententia vera est. Auf die Bedeutung dieser Erörterung für die Geschichte der Resolutivbedingung hat Fitting a. a. O. S. 262 ff. zuerst aufmerksam gemacht. Vgl. auch Paul Gerber l. 41 pr. D. de r. v. Gött. Inaug.Diss. 1893.

8) Julian scheint auch die mortis causa donatio als resolutiv bedingt zu behandeln, l. 14 D. de mortis causa don. 39, 6. Dies fand freilich nur theilweise und allmählich Anklang.

9) Die dingliche Kraft der Resolutivbedingungen hat vorzugsweise Rießer in Lindes Zeitschrift Bd. 2 S. 1 ff., 270 ff. bestritten; vgl. gegen ihn Bangerow Bd. 1 § 96 S. 149 ff. Wenn sich Rießer darauf stützt, daß Eigenthum an den Rückfallsberechtigten nach den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechtes nur durch Tradition übertragen werden könne, so ist zu erwidern, daß Eigenthum nicht auf ihn übertragen wird, sondern bei ihm auflebt, und zwar in Folge der Klauseln, unter welchen die Tradition an den Zwischeneigenthümer erfolgte. Die l. 4 § 3 D. de in diem addictione 18, 2 Ulpianus libro 28 ad Sabinum schneidet allein schon den Zweifel ab: Marcellus libro 5 Digestorum scribit pure vendito et in diem addicto fundo si melior condicio allata sit, rem pignori esse desinere, si emptor eum fundum pignori dedisset: ex quo colligitur, quod emptor medio tempore dominus est: alioquin nec pignus teneret, — denn mit Rießer vor desinere ein non einzuschieben, ist allzu kühn. Diese Konjektur tritt auch mit dem Bericht Ulpians über die Aeußerung von Marcellus in l. 3 D. q. m. p. 20, 6 in entschiedenen Widerspruch. Hierzu kommt l. 41 D. de rei vind. 6, 1, desgleichen l. 9 D. de aqua et a. p. a. 39, 3, nicht weniger l. 8 D. de lege commissoria 18, 3. Demzufolge giebt Alexander in der l. 4 C. de pactis inter emptorem 4, 54 dem Verkäufer, welcher bei Nichtzahlung des Kaufpreises von der lex commissoria Gebrauch machen will, die Vindikation. Selbstverständlich liegt hierin kein Widerspruch mit der l. 3 C. eod. von Alexander: qui ea lege praedium vendidit, ut, nisi, reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur, is non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito. In dem vorgetragenen Falle hatte die Resolutivbedingung nur persönliche Wirkung, weil sie nur dem Kaufgeschäfte, nicht der Eigenthumsübertragung anklebte; diese war nicht precario, d. h. hier nicht revokabel geschehen.

Die Gestaltung der Rechtsverhältnisse ist folgende. Während des Obschwebens der dinglichen Resolutivklausel hat der Erwerber alle Rechte des Eigenthümers; in Folge dessen kann er die Sache veräußern, mit dinglichen Lasten beschweren und hat die Eigenthumsklage. Im Fall von Gefährdungen aber steht dem anderen Theil der Anspruch auf Sicherstellung auch gegenüber dritten Erwerbern der Sache zu.

Mit dem Eintritt der Resolutivbedingung lebt der frühere Zustand unmittelbar auf und zwar rückwärts hin.[10] Doch wird der Erwerb von Früchten und anderen Vortheilen durch den Zwischeneigenthümer damit nicht schlechthin zunichte gemacht. Nur eine persönliche Verpflichtung des Mitkontrahenten zur Herausgabe dieser Vortheile aus dem Kontrakt kann eintreten.[11][12]

b) Zeitbestimmungen.

§ 113. Gewisse und ungewisse Zeit.

Den Rechtsgeschäften einverleibte Zeitbestimmungen sind bald gewisse, bald ungewisse.

Es kann das Datum des Zeitereignisses ungewiß, also das „wann" fraglich sein — dies incertus quando.

Es kann aber auch der Eintritt des Zeitereignisses ungewiß, also das „ob" fraglich sein — dies incertus an.

---

10) Anders Fitting in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 2 S. 255, dem Bangerow Bd. 1 S. 150 und Arndts § 7 Anm. 6 beitreten. Nach Fittings Ansicht wirkt die Resolutivbedingung nicht ex tunc; sie giebt dem Rückfallsberechtigten nur ex nunc, d. h. vom Eintritte der auflösenden Bedingung an das Eigenthum. Die inzwischen begründeten Rechte sollen nur von jetzt an aufhören, nicht rückwärts hin zusammenfallen. Für zutreffend ist diese Ansicht von Fitting nicht zu halten; vgl. Windscheid § 91 Anm. 3 und dort Angeführte. In l. 4 § 3 D. de in diem add. 18, 2 und l. 3 D. q. m. p. s. 20, 6 wird allerdings hervorgehoben, daß die vom Zwischeneigenthümer bestellten Pfandrechte endigten; ob dies aber ex nunc oder ex tunc geschieht, bleibt offen. In der l. 9 pr. D. de aqua 39, 3 erklärt Paulus libro 49 ad edictum: In diem addicto praedio et emptoris et venditoris voluntas exquirenda est. ut, sive remanserit penes emptorem, sive recesserit, certum sit voluntate domini factam aquae cessionem. Dies ist entscheidend, und zwar gegen Fitting. Der Eigenthümer muß die Cession vornehmen; wer dies während des Obschwebens der Bedingung ist, steht endgültig noch nicht fest. Deshalb muß der Verkäufer wie der Käufer mitwirken, denn nur dann steht es fest, daß der Eigenthümer zustimmte. — Daß die Rückziehung dem Charakter der Resolutivbedingung entspricht, scheint uns offensichtlich.

11) Vgl. namentlich l. 4 § 4 D. de in diem addict. 18, 2.

12) B.G.B. § 161 Abs. 2 erkennt zwar die dingliche Wirkung der auflösenden Bedingung ebenfalls an, aber nach Abs. 3 das. finden die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung.

Die Ungewißheit der ersteren Art bezeichnen wir als relative, die der letzteren als absolute.

Beides kann sich kreuzen; daher ergeben sich folgende Kombinationen:

a) Eintritt und Datum der Zeit sind gewiß im Falle ausdrücklicher Bezeichnung des Kalendertags, z. B. „3. März 1900", aber auch wenn der Kalendertag von vornherein berechenbar ist z. B. „3 Monate a dato". Darauf kommt nichts an, ob der Tag den Betheiligten beim Geschäftsschluß bekannt war oder nicht, z. B. „Ostern übers Jahr".

b) Der Eintritt des Zeitereignisses ist gewiß, sein Datum ungewiß, z. B. am Todestage des X. Es gehört hierher auch der Fall einer Schuld zahlbar „nach Kündigung"; denn es ist nicht daran zu zweifeln, daß sie einmal gekündigt werden wird; ebenso die Verstattung der Zahlung des Kaufpreises „nach Belieben", denn darunter versteht der Verkehr eine den Umständen angemessene Frist.[1]

c) Das Datum des Zeitereignisses ist gewiß, sein Eintritt ungewiß, z. B. „bei deiner Großjährigkeit".

d) Datum und Eintritt des Zeitereignisses sind ungewiß, z. B. „am Tage deiner Verheirathung".[2]

§ 114. Rechtliche Behandlung der Zeitbestimmungen.[1]

Nicht alle Rechtsgeschäfte lassen Zeitbestimmungen zu. Es giebt Geschäfte, wie Adoption, Emancipation, Erbschaftsantritt, welche durch Zeitbestimmungen vernichtet werden.[2] Im Fall der Ernennung eines Erben auf Zeit ist zwar die Erbeseinsetzung gültig, aber die Zeitbestimmung gilt als nicht zugefügt.[3]

1) R.O.H.G. Bd. 10 S. 234.

2) Nicht nach ihrem Wortlaut, sondern nach ihrem Sinn sind die Rechtsgeschäfte diesen Kategorien einzuordnen. Es werden z. B. in den Gutsüberlassungsverträgen nicht selten dem Gutsübernehmer Abfindungen an seine Geschwister aufgelegt, welche bei der Großjährigkeit oder selbständigen Etablirung der Abfindlinge zahlbar werden. Dem Wortlaute des Vertrages nach scheint die Abfindung ihrer Existenz nach ungewiß, denn ob die Abfindlinge den Zeitpunkt ihrer Großjährigkeit oder wirthschaftlichen Selbständigkeit erleben, ist ungewiß. Aber die Meinung ist, daß die Abfindung schlechthin geschuldet wird, da sie Ersatz für die gebührende Erbportion ist, und daß nur ihre Fälligkeit aufgeschoben sein soll, solange der Abfindling seinen Unterhalt auf dem Hofe finden kann. Daher gehen diese Abfindungen auf die Erben der vorher verstorbenen Abfindlinge über. R.G. Bd. 8 S. 140, vgl. l. 48 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1, l. 26 § 1 D. quando dies legat. 36, 2, l. 5 C. h. t. 6, 53.

1) Scheurl, Nebenbestimmungen S. 21 ff., Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 305, Bekker Bd. 2 S. 299, Salomon das befristete Rechtsgeschäft, Berlin 1888, Siméon das Wesen des befristeten R.G. 1889. Dazu Schuppe in Gruchots Beiträgen Bd. 34 S. 801 ff., Niemeyer in d. krit. Vierteljahrsschrift Bd. 33 S. 352 ff. B.G.B. § 163 verweist lediglich auf die für die Bedingungen geltenden Regeln.

2) l. 77 D. de R. J. 50, 17, siehe oben § 105 Anm. 12 S. 246.

3) l. 34 D. de her. inst. 28, 5.

Die Zeitbestimmungen bilden *Anfangstermine*, wenn sie die Wirkung des Geschäftes vertagen, *Endtermine*, wenn sie das Geschäft beendigen.[4]

1. Wesentlich verschieden ist die Wirkung des *gewiß eintretenden* und des absolut *ungewissen Anfangstermins*.

a) *Rechte unter gewissem Anfangstermine bestehen bereits, aber ihre Geltendmachung ist aufgeschoben.*

So war früher die allgemeine Auffassung.[5] Neuerdings behauptet man meist, das befristete Recht sei Zukunftsrecht, es beginne erst mit dem Termin.[6] Dies ist nicht richtig. Dasselbe bildet ein rechtlich gesichertes Gut, das meinem Vermögen zugehört; nur seine Geltendmachung ist vertagt.

Dies gilt für Forderungsrechte,[7][8] Pfandrechte,[9] Servituten,[10] aber

---

4) Die Neueren nennen Anfangstermine dies a quo, Endtermine dies ad quem. Die Römer sagen ex die und ad diem: l. 34 D. de hered. inst. 28, 5, l. 4 pr. D. de serv. 8, 1, fragm. Vaticana § 50. In diem: wird häufig für Anfangstermine gebraucht: § 2 J. de verb. obl. 3, 15, l. 10 D. de cond. indeb. 12, 6, l. 213 pr. D. de V. S. 50, 16, l. 22 D. de cond. inst. 28, 7, anders aber in l. 44 § 1 D. de obl. et act. 44, 7.

5) Vgl. Savigny Bd. 3 § 126, Wächter, Württ. P.R. Bd. 2 § 97.

6) So zuerst Unger, Oesterr. P.R. Bd. 2 § 83 Anm. 6 und 7. Seitdem ist die Theorie in das Schwanken gerathen und krankt. Arndts hat sich § 73 Anm. 6 seit der 3. Auflage angeschlossen, vgl. auch Brinz Bd. 4 § 551. Gegen die Ansicht von Unger haben sich im wesentlichen Scheurl a. a. O. S. 29, Ennecerus S. 305, Regelsberger Bd. 1 § 158 erklärt.

7) Sehr deutlich spricht sich aus l. 46 pr. D. de verb. obl. 45, 1. Paulus libro 12 ad Sabinum. „Centensimis kalendis dari" utiliter stipulamur, quia praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio. Obligationen, die erst in der Person des Erben des Gläubigers entstanden, waren zur Zeit des Paulus ungültig. Aber die hier besprochene war gültig, denn nur die Fälligkeit war in eine fernere Zukunft hinausgeschoben, nicht der Beginn. In gleichem Sinne charakterisirt das Verhältniß l. 213 D. de V. S. 50, 16. Ulpianus libro 1 regularum. „Cedere diem" significat incipere deberi pecuniam: „venire diem" significat eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Die Kunstausdrücke cedere diem und venire diem erklärt Scheurl a. a. O. S. 34 dadurch, daß die Zeit als ein bewegliches Ding gedacht werde, das einen Punkt des Raumes *verlasse* — cedit — und dann durch Vollendung der Bewegung an einem bestimmten andern *ankomme* — venit. Unger beruft sich für seine Ansicht auf l. 44 § 1 D. de obl. et act. 44, 7. Paulus libro 74 ad edictum praetoris. Circa diem duplex inspectio est: nam vel ex die incipit obligatio aut confertur in diem. ex die veluti „kalendis Martiis dare spondes?" cujus natura haec est, ut ante diem non exigatur. Unger betrachtet den Ausdruck incipit obligatio als „den ganz genauen"; dies thut aber Paulus selbst nicht, da er ihn schließlich dahin erklärt, daß vor dem Termine nichts gefordert werden kann. Daher erklärt Paulus libro 7 ad Sabinum l. 10 D. de cond. ind. 12, 6: In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit.

8) Windscheid Bd. 1 § 96 Anm. 5 will zwei Fälle unterscheiden, welche verschieden zu behandeln seien; den einen bilde die „*aufschiebende Befristung*", hier soll bis zum Herankommen des Termins nichts geschuldet werden; dahin rechnet Windscheid die Acceptation eines nach 3 Monaten fälligen Wechsels. Im anderen Falle werde „ein *Nebenvertrag*" geschlossen, durch welchen man auf die *zeit-*

Uebertragung des Eigenthums unter einem Anfangstermin verleiht dasselbe erst mit dessen Eintritt;[11] bis dahin besteht nur ein Recht auf dessen Erwerb, welches dinglicher Natur sein kann. Dies ist in dem eigenartigen Wesen des Eigenthumsrechtes begründet. Als das generelle und ausschließliche Herrschaftsrecht über eine Sache kann es so lange nicht entstehen, als ein Anderer noch Eigenthum hat.[12]

b) Rechte, die erst von einer absolut ungewissen Zeit ab zur Existenz kommen sollen, bestehen noch nicht. Solche Befristungen haben zugleich einen bedingenden Charakter.[13]

2. Gewisse Rechtsverhältnisse sind auf bloß zeitweise Wirksamkeit angelegt.[14] Hierher gehören Miethe, Mandat, Gesellschaft, Nießbrauch. Die Zufügung eines Endtermines steht hier im Einklang mit ihrer Natur. Er begrenzt das Rechtsverhältniß, betrifft aber die aus ihm erwachsenen Ansprüche nicht.[15]

Rechte anderer Art widerstreben einer Begrenzung durch Endtermine. Insbesondere gilt dies für das Eigenthumsrecht. In der klassischen Zeit ließ man daher nur Verträge zu, durch welche sich der Erwerber persönlich zur Rückerstattung nach einer gewissen Zeit verpflichtete. Justinian jedoch gab dem Endtermine des Eigenthumes dinglich wirkende, unmittelbar auflösende Kraft.[16]

---

weilige Geltendmachung eines sofort entstehenden Rechtes verzichte; so sei es bei einem nach drei Monaten rückzahlbaren Darlehen. Das sind aber Unterscheidungen, von denen das Leben nichts weiß und die ihm unverständlich sind. Eine in 3 Monaten fällige Wechselschuld ist bereits ein Vermögensaktivum, wie ein nach 3 Monaten zurückzahlbares Darlehen.

9) l. 12 § 2 D. qui pot. 20, 4, vgl. l. 14 § 1 D. de pignoribus 20, 1.

10) Vgl. l. 4 pr. D. de serv. 8, 1. Daß die Beschränkung der Grundgerechtigkeiten nur durch pacti oder doli exceptio geltend gemacht wurde, beruht auf historischen Gründen.

11) Ulpianus libro 51 ad edictum, l. 9 § 2 D. usufructuarius quemadmodum 7, 9. Plane si ex die proprietas alicui legata sit, usufructus pure, dicendum esse Pomponius ait remittendam esse hanc cautionem fructuario, quia certum sit, ad eum proprietatem vel ad heredem ejus perventuram.

12) Dasselbe gilt für die Cession einer Forderung, sie steht auf einer Linie mit der Sachveräußerung.

13) Ueber Vermächtnisse, die an eine ungewisse Zeit geknüpft sind, vgl. unten Bd. 3 § 107 Anm. 7.

14) Vat. fragm. §§ 48—50, l. 16 § 2 D. fam. erc. 10, 2, l. 6, l. 30 D. de usu et usufr. legato 33, 2, l. 5 C. de usufructu 3, 33.

15) Windscheid Bd. 1 § 96 Anm. 2, § 86 Anm. 6 betrachtet den Endtermin wie die Resolutivbedingung als einen dem Hauptgeschäft zugefügten, dasselbe mit dem Eintritt des Termins vernichtenden Nebenvertrag. Hierüber vgl. Bekker Bd. 2 S. 313. „Ich verpflichte mich, dem X. einen Tag zu arbeiten", heißt dies: „ich verpflichte mich für alle Zeit unter dem Nebenvertrag, daß die Verpflichtung nach einem Tag außer Kraft trete"?

§ 115. c) Modus.[1] Voraussetzung.

I. Modus ist die **an eine Zuwendung geknüpfte Auflage.**[2] Der Modus wird namentlich bei Schenkungen und letztwilligen Verfügungen erwähnt; er ist aber bei einseitigen Zuwendungen jeder Art zulässig, z. B. bei einer Auslobung, einer Privilegienertheilung.[3]

Die Form des Modus ist oft „unter der Bedingung, daß". Dies ist nicht Zufügung einer Bedingung im technischen Sinne. Inhalt des Modus ist meist eine geldwerthe Leistung,[4] aber auch andere Handlungen können ihn bilden, z. B. Annahme des Namens des Erblassers.[5]

Geschäfte unter einem Modus verfolgen doppelte Zwecke. **Haupt-**

---

16) In der klassischen Zeit war die Verleihung von Eigenthum unter einem Endtermine nichtig; denn das Eigenthum galt als ein begrifflich dauerndes Recht. Fragm. Vat. § 283 Diocletianus et Constantius: Si stipendiariorum — praediorum — proprietatem dono dedisti ita ut post mortem ejus, qui accepit, ad te rediret, donatio irrita est, cum ad tempus proprietas transferri nequiverit. Eine persönliche Verpflichtung zur Rückübertragung der Sache nach gewisser Zeit konnte jedoch bei der Uebereignung dem Erwerber aufgelegt werden, l. 2 C. de pactis inter emptorem 4, 54. Dieselben Grundsätze galten für das Vermächtniß von Eigenthum auf Zeit. — Im justinianischen Rechte ist dies alles grundsätzlich geändert. Hier gilt die Konstitution Diokletians l. 2 C. de donat. quae sub modo 8, 54: Si praediorum proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem ejus, qui accepit ad te rediret, donatio valet, cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, lege scilicet, quae ei imposita est conservanda. Entsprechendes verordnete Justinian für Vermächtnisse, l. ult. C. de legatis 6, 37. Die Allgemeinheit der Fassung dieser Verordnungen weist darauf hin, daß eine Eigenthumsübertragung auf Zeit allgemein zulässig sein soll. Auch ist nicht wohl zu bezweifeln, daß der Endtermin — sofern die Absicht der Betheiligten hierauf gerichtet ist — nunmehr wie die Resolutivbedingung dinglich wirken soll. Doch suchen Manche, z. B. Schulin a. a. O. S. 199, die entgegengesetzte Ansicht zu begründen. Vgl. auch Pflüger im Archiv für c. Pr. Bd. 78 S. 406.

1) Vgl. Pfeiffer, Praktische Ausführungen Bd. 1 Abh. 4: von dem wesentlichen Unterschiede und dem Kennzeichen des modus und der condicio, insonderheit bei Legaten, ferner Savigny Bd. 3 §§ 128 ff., Bekker Bd. 2 S. 358. B.G.B. behandelt die „Auflage" nur bei der Schenkung §§ 525 ff., und bei den letztwilligen Zuwendungen §§ 2186 ff.

2) Pernice, Labeo Bd. 3 S. 1 ff. weist nach, daß der Modusbegriff der klassischen römischen Jurisprudenz noch fremd war. Die technische Bedeutung als **Beschränkung** durch eine **Auflage** findet sich erst im Titel Cod. 6, 45 de his, quae sub modo legata 6, 45 und im Titel Cod. 8, 54 de donationibus, quae sub modo.

3) Auflagen, welche bei **zweiseitigen** Geschäften einem Theil z. B. dem Käufer gemacht werden, z. B. daß er einen Miether in dem verkauften Hause wohnen läßt, gestalten sich, wenn sie klagbar sind, zu kontraktlichen Verbindlichkeiten, so daß die Eigenthümlichkeiten des Modus nicht eintreten. Es können aber auch Auflagen zugefügt sein, welche nicht durch Klage erzwingbar sind, z. B. daß der Käufer die Nichte des Verkäufers heirathet. Dann sind die Grundsätze des Modus anzuwenden, Bekker Bd. 2 S. 358, Pernice a. a. O. S. 6.

4) l. 17 § 4 D. de condicionibus 35, 1. Gajus libro 2 de legatis ad edictum praetoris. Quod si cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori vel opus aut epulum municipibus faceret, vel ex eo ut partem alii restitueret: sub modo legatum videbitur.

5) Vgl. ferner l. 1 C. de his quae sub modo 6, 45.

zweck ist die Zuwendung an den Bedachten; dieser Zweck bestimmt den Charakter des Geschäftes; Nebenzweck ist die Verwirklichung der Auflage. Die Auflage muß in der Absicht geschehen, rechtlich zu verbinden. Sonst liegt ein bloßer Rath,[6] oder ein Wunsch vor, dessen Befolgung man von der Dankbarkeit, dem Anstandsgefühl des anderen Theiles erwartet, der aber eine rechtliche Bedeutung nicht hat.

Der Zwang zur Erfüllung des Modus geschieht in verschiedener Weise bei letztwilligen Verfügungen und bei Schenkungen.

1. Bei letztwilligen Verfügungen haben vorzugsweise die Erben die Erfüllung des Modus zu betreiben. Es werden heute ferner nicht selten Testamentsvollzieher bestellt, welche für die Erfüllung der Auflagen des Erblassers zu sorgen haben.

2. Den Modus bei Schenkungen[7] hat der Schenker oder nach seinem Tode sein Erbe zu wahren.

a) Er ist zur Zurückforderung des Geschenkes befugt, wenn der Modus in der festgesetzten oder angemessenen Zeit nicht erfüllt wurde. Zu diesem Zwecke hat er eine persönliche Klage — eine condictio;[8] bestand die Auflage in Alimenten an den Geschenkgeber, außerdem eine vindicatio utilis des Verschenkten.[9]

b) Auch auf Erfüllung des Modus kann der Schenker, — welcher seinerseits geleistet hat, mit actio praescriptis verbis — klagen, wenn es sich um eine geldwerthe Leistung handelt, zu welcher sich der andere Theil durch Annahme des Geschenkes verbunden hat.[10]

Handelt es sich um eine Auflage zu Gunsten eines Dritten, so hat dieser bereits nach römischem Rechte die Klage auf Erfüllung, trotzdem in Rom in der Regel Dritte aus Verträgen zu ihren Gunsten nicht klagberechtigt waren.[11]

Der Modus ist der aufschiebenden Potestativbedingung verwandt. Auch sie verbindet mit dem Geschäfte das Bestreben, den andern Theil

6) Es sind namentlich Zweckbestimmungen nicht verbindlich, bei welchen bloß das Interesse des Bedachten in Frage steht, l. 13 § 2 D. de don. inter vir. et ux. 24, 1, l. 71 pr. D. de cond. 35, 1. Es verhält sich aber bei letztwilligen Verfügungen anders, wenn der Erblasser in der Erfüllung einer derartigen Auflage zugleich ein eigenes, wenn auch nur ideelles Interesse verfolgt. Vgl. unten Bd. 3 § 84.

7) Savigny Bd. 4 S. 280.

8) l. 3 l. 8 C. de cond. ob causam 4, 6. Nach B.G.B. § 527 kann der Schenker das Geschenk nur insoweit zurückfordern, als es zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen.

9) l. 1 C. de donat. quae sub modo 8, 54. Valerianus et Gallienus . . . vindicationem utilem . . . impetrare potes, id est actionem, qua dominium pristinum restituatur tibi. Das Nähere über die vindicatio utilis s. unten § 225.

10) l. 9, l. 22 C. de donat. 8, 53. Ebenso B.G.B. § 525 Abs. 1.

11) l. 3 C. de don. quae sub modo 8, 54.

zu einem Thun oder zu einem Unterlassen zu bestimmen. Beide Klauseln erreichen aber ihr Ziel in verschiedener Weise. *Die Bedingung nämlich suspendirt, der Modus verbindet.*[12] Die Zufügung einer Bedingung übt den stärkeren Druck aus. Denn das Geschäft verwirklicht sich nur, wenn der bedingt Berechtigte die ihm auferlegte Handlung vollzogen hat. Dies aber führt oft zur Vereitelung des Geschäftes überhaupt. So bei bedingten Vermächtnissen, falls der Vermächtnißnehmer stirbt, ehe er die ihm zur Bedingung gesetzte Handlung vollziehen konnte. Wird der Weg des Modus gewählt, so besteht diese Gefahr nicht. Denn die Zuwendung bleibt rechtsbeständig, wenn die Erfüllung der Auflage von Anfang an *unmöglich* war, oder hinterher *ohne Schuld* des Belasteten *unmöglich wird*,[13] oder *unsittlich* ist. Hierin bewährt sich, daß es sich um Nebenzwecke des Geschäftes, nicht um dessen Hauptzweck handelt. Im Interesse der Erhaltung der Geschäfte nimmt man daher im Zweifel einen Modus, nicht eine aufschiebende Bedingung an.[14] —

II. Nicht von allen neueren Juristen wird der Modus als besondere Geschäftsform anerkannt. Vielen geht er in dem Begriffe der Voraussetzung auf.[15]

Windscheid, der Schöpfer dieser Lehre, bezeichnet als *Voraussetzung* jede *Vorstellung, welche eine Partei zum Geschäftsschluß bestimmte*, indem sie etwas als geschehen erachtet, oder als zukünftig geschehend erwartet. Nicht erforderlich sei, daß dies ausdrücklich erklärt wurde. Ergebe sich hinterher die Unrichtigkeit des Vorausgesetzten, so sei anzunehmen, daß der erklärte Geschäftswille kein „eigentlicher", kein „wahrer" sei, was Anfechtung des Geschäftes begründe. Hiernach charakterisire sich die Voraussetzung als „unentwickelte Bedingung". Das heißt aber die Verträge unterhöhlen. Das zweiseitig Festgestellte und Vereinbarte soll wegen einseitiger, nicht einmal erklärter Parteivorstellungen in Frage gestellt werden können. Damit wäre die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Verkehrs gefährdet. Im Leben ist man sich auch vollständig darüber klar, daß man Geschäfte fest abzuschließen hat auf

12) Savigny Bd. 3 S. 231.

13) l. 1 C. de his quae sub modo 6, 45, l. 8 C. de cond. ob causam 4, 6.

14) Pfeiffer a. a. O. S. 30, Savigny Bd. 3 S. 231.

15) Windscheid, die Lehre des römischen Rechtes von der Voraussetzung 1850, Pandekten Bd. 1 §§ 96 ff. und im Archiv f. c. P. Bd. 78 n. 6. Vgl. Gradenwitz, Begriff der Voraussetzung, Berlin 1880, Dissertation; Lenel, Archiv f. civ. Pr. Bd. 74 S. 213 und schlagend Bd. 79 n. 2, Hipp, Rückforderung wegen Wegfalls des Zweckes, Gött. Inaug.-Diss. 1889, Bekker Bd. 2 S. 367, Hölder, Pand. § 54. R.G. Bd. 19 S. 50, Bd. 21 S. 180 und namentlich R.G. Bd. 24 S. 170 ff. Vgl. auch Bolze im Archiv f. c. Pr. Bd. 78 S. 457.

die Gefahr hin, daß die Voraussetzungen, die man beim Abschluß annahm, sich nicht verwirklichen.[16]

Ein allgemeiner Begriff der Voraussetzung ist nicht zu verwerthen. Nur was *Geschäftsbestandtheil* ist, hat vielmehr rechtliche Bedeutung, insbesondere der Grund einer Vermögenszuwendung[17] — deren causa — sowie die ihr zugefügte Auflage — der modus.[18]

Nicht um deswillen, weil die Erfüllung des Modus „vorausgesetzt" ist, sondern um deswillen, weil er einen Bestandtheil des Geschäftes bildet, begründet seine Nichterfüllung eine Anfechtung.

§ 116. d) Allgemeines über Nebenbestimmungen.

1. Herkömmlich und zweckmäßig faßt man Bedingungen, Befristungen und Modus als *Nebenbestimmungen* der Geschäfte zusammen.[1]

Allerdings wird dies von Manchen als unrichtig bekämpft. Denn Bedingungen und Befristungen eines Geschäftes sind keineswegs für die Kontrahenten etwas nur Untergeordnetes, vielmehr untrennbare Bestandtheile des Geschäftes.[2]

So richtig dies für das einzelne bedingt oder betagt geschlossene Geschäft ist, so lassen sich doch zutreffend die genannten Klauseln *in dem Sinne* als Nebenbestimmungen bezeichnen, als sie nicht zu den dem Geschäfte seinem *Begriffe* nach wesentlichen Punkten gehören.[3]

---

16) So auch Kuntze im sächs. Archiv für bürg. Recht und Prozeß Bd. 2 S. 678.

17) Vgl. oben § 95.

18) Nicht selten ist, was die Betheiligten Voraussetzung nennen, in Wahrheit aufschiebende Bedingung. So war es in dem vom R.O.H.G. Bd. 19 S. 50 und in dem R.G. Bd. 25 S. 169 beurtheilten Falle; die Motive der ersteren Entscheidung schließen sich jedoch durchaus Windscheid an, die der letzteren treten ihm entgegen.

1) Viele Schriftsteller bezeichnen die Nebenbestimmungen als „Selbstbeschränkungen". So Savigny Bd. 3 S. 120; Windscheid Bd. 1 zu § 86. Diese Charakterisirung ist nicht zutreffend. Natürlich begrenzen Bedingungen und Zeitbestimmungen das Geschäft. Dies ist aber bei jeder Geschäftsbedingung der Fall, z. B. bei der Bestimmung des Kaufobjektes. Das Rechtsgeschäft, wie jede Willenserklärung, individualisirt sich durch seine Begrenzung. Charakterisirt man aber Bedingungen und Zeitbestimmungen als „Selbstbeschränkungen", so muß man etwas Anderes, Besonderes meinen. Man stellt sich das Verhältniß so vor, als ginge der Gedanke primär auf eine unbedingte und unbetagte Wirkung, dieselbe werde dann durch einen zweiten Gedanken eingeschränkt. Dies gerade ist nicht richtig. Wer einem Makler 100 verspricht für den Fall, daß er einen Käufer für ein Haus findet, denkt nicht daran, die Summe unbedingt zu versprechen. Das Versprechen wird in keiner anderen Weise durch die Bedingung, wie durch den Summenbetrag begrenzt. Es wird damit einfach der Inhalt des Geschäftes festgestellt. Vgl. Fitting im Archiv für civ. Praxis Bd. 39 S. 307, Brinz Bd. 4 § 550.

2) Um deswillen polemisirt namentlich Fitting im Archiv für civ. Praxis Bd. 39 S. 308 gegen die Auffassung der Bedingungen als Nebenbestimmungen der Rechtsgeschäfte.

3) Vgl. oben § 93, Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 211, Bekker Bd. 1 S. 285.

Beispielsweise ist Umsatz von Waaren gegen Geld Kaufgeschäft, mag es nun bedingt oder unbedingt vereinbart sein.

2. Immerhin verhalten sich die Nebenbestimmungen zum Hauptgeschäft in verschiedener Weise, was besonders von Wichtigkeit für die Beweislast ist:

a) Wenn der Beklagte gegenüber der Klage aus einem Geschäfte eine aufschiebende Bedingung oder eine Zeitbestimmung einwendet, so macht er geltend, daß das wirklich geschlossene Geschäft ein anderes sei, als das durch die Klage behauptete reine. Dieses Geschäft hat er also nicht zugestanden. Daher hat Kläger den reinen Abschluß des Geschäftes seinerseits zu beweisen.[4] [5]

b) Wendet der Beklagte dagegen ein, das vom Kläger behauptete Geschäft sei unter einer auflösenden Bedingung oder einem Modus geschlossen, so liegt hierin ein Zugeständniß der Klagethatsache und die Einwendung einer Nebenwillenserklärung, welche Beklagter zu beweisen hat.[6]

Der Beweis liegt dem Beklagten ferner, aber aus einem anderen Grunde dann ob, wenn er die nachträgliche Zufügung einer aufschiebenden Bedingung oder Befristung zum Geschäfte vorschützt. Denn hierdurch stellt er die Behauptung einer partiellen Aufhebung des

---

4) So R.O.H.G. Bd. 23 S. 52 und die dort angeführten Urtheile, ebenso R.G. Bd. 18 S. 157. Vgl. namentlich Stölzel, Schulung, 3. Aufl., Bd. 1 S. 145; Robert Schneider, über die Beweislast in dem Falle, wenn der Beklagte behauptet, es sei unter einer Suspensivbedingung kontrahirt worden, in der sächsischen Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung Bd. 9 S. 1 ff.; Pöschmann, über die Natur des s. g. qualificirten Geständnisses 1863; Windscheid Bd. 1 § 86 Anm. 4; Scheurl a. a. O. S. 329; Enneccerus S. 215. Dagegen lehrte Puchta, Pandektenvorlesungen § 98: Die Behauptung der Suspensivbedingung sei die Behauptung „eines besonderen Mangels", für dessen Abwesenheit eine Rechtsvermuthung streite. In ähnlicher Weise nimmt Wächter, Württ. P.R. Bd. 2 S. 450 ff., eine Vermuthung für die Unbeschränktheit und Vollständigkeit eines Rechtes an. Aehnlich auch Fitting in Ztschr. f. Civilproz. Bd. 13 S. 1, Staub, Kommentar zum H.G.B. 6. A. Allgemeine Einleitung Anm. 57. Beckh, Beweislast nach B.G.B. S. 156. Ein Nachweis für eine derartige Rechtsvermuthung ward aber nicht erbracht. Regelsberger Bd. 1 § 152 Anm. 5, § 157 Anm. 6 will die Frage — mit Berufung auf Bekker § 114 Beil. I, § 116 Beil. III — nicht „einförmig", sondern nur mit Rücksicht auf „die Beschaffenheit der durch das Rechtsgeschäft beabsichtigten Wirkungen" beantwortet wissen. B.G.B. läßt die Frage offen.

5) Kläger kann seiner Beweispflicht durch Zuschiebung eines Schiedseides an den Beklagten genügen. Dieser hat dann den Eid dahin zu leisten, daß das Geschäft bedingt oder befristet geschlossen wurde und zwar durch die von ihm bei Leugnen der Klage behauptete Bedingung oder Befristung. Hat aber der Kläger durch Urkunden oder Zeugen den „reinen Kontraktschluß" bewiesen, so ist es Sache des Gegenbeweises des Beklagten, die von ihm behauptete Bedingung oder Befristung zu beweisen, beziehungsweise über deren Nichtzufügung beim Geschäft dem Kläger den Eid zuzuschieben. R.O.H.G. Bd. 12 S. 202.

6) R.O.H.G. Bd. 2 S. 95, R.G. in Gruchots Beiträgen Bd. 24 S. 411, Entsch. Bd. 28 S. 145.

ursprünglich „reinen" Geschäftes auf und diese zu beweisen ist stets Sache des Beklagten.[7]

§ 117. Begriff und Arten der Stellvertretung.[1][2]

I. Beim Abschluß von Rechtsgeschäften werden häufig Dritte für uns thätig. Ihre Thätigkeit ist entweder eine *stellvertretende* oder eine bloß *unterstützende*.

Der Gegensatz zwischen Stellvertretung und bloßer Hülfe ist unverkennbar, die Abgrenzung beider aber schwierig. Das entscheidende Merkmal ist darin zu finden, ob der Dritte den Geschäftsschluß durch seine Entschlüsse bestimmt oder nicht.[3] Denn die Entschließung über unsere Angelegenheiten ist recht eigentlich unsere Sache, etwas Persönliches. Wen man hierzu ermächtigt, den setzt man im wahren Sinne des Wortes an seine Stelle.

Stellvertreter ist also, wer Geschäfte, die uns angehen sollen, für uns abzuschließen hat.

Wo die endgültige *Entschließung beim Geschäftsherrn bleibt*, sind Dritte, die mitthätig sind, bloße *Gehülfen*. Sie haben keine Vollmacht, sondern bloße Aufträge. Nur Gehülfe ist insbesondere der Bote, welcher dem Mitkontrahenten unsere Erklärungen mittheilt, er hat keine andere Funktion als ein Brief.[4] Er bleibt bloßer Gehülfe, wenn er auch beaufragt wird, die Erklärung des anderen Theiles an

7) Vgl. unten § 159.

1) Umfassende Litteraturangaben finden sich bei Windscheid Bd. 1 § 73. Hervorzuheben sind Buchka, Stellvertretung 1852, Savigny, Obligationenrecht Bd. 2 §§ 54 ff., die Aufsätze von Jhering und von Scheurl in Jherings Jahrbüchern Bd. 1 n. 7, Bd. 2 n. 1 und 3; Hellmann, Stellvertretung 1882; Mitteis, Stellvertretung 1885, Lenel, Stellvertretung und Vollmacht in Jherings Jahrb. Bd. 36 n. 1. Vgl. auch F. Frese, L. v. d. beauftragten Vermögensverwaltung 1889, A. Dolinski, Haftung des Kontrahenten für seine Gehilfen. 1893.

2) Die Römer haben keinen Ausdruck, welcher demjenigen der Stellvertretung entspricht. Das Wort Stellvertretung selbst wird erst seit kurzer Zeit in unserer Rechtssprache verwerthet. Das A.L.R. für die preußischen Staaten kennt es noch nicht, vgl. I, 7 § 45; Heise, Grundriß, bedient sich des Ausdruckes „Mittelsperson"; Mühlenbruch, Cession 1. Aufl. 1817, spricht von Stellvertretung.

3) Die Römer unterscheiden das „per liberam personam adquirere" und das „ministerium tantummodo praestare", l. 15 D. de pecunia constituta 13, 5, l. 1 § 1 D. de proc. 3, 1. Auf scharfe Sonderung der Begriffe „Stellvertreter" und „Gehülfe" drang namentlich Jhering a. a. O. Bd. 1 S. 275. Stellvertreter ist ihm, wer eine *specifisch-juristische Handlung*, Gehülfe, wer *faktische Dienstleistungen* auszurichten hat. Windscheid Bd. 1 § 73 Anm. 2 dagegen stellt neben den Stellvertreter „im Willen" den Stellvertreter „in der Erklärung". Die Behandlungsweise Jherings ist vorzuziehen, weil sie einen wesentlichen, in der Sache liegenden Gegensatz scharf markirt.

4) Vgl. auch l. 37 D. ad S. C. Treb. 36, 1, l. 65 § 3 D. eod. Mitteis a. a. O. S. 128, Leonhard, die Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten S. 11.

unserer Statt in Empfang zu nehmen.[5] Der Makler ferner, welcher das Geschäft vorbereitet, Mitkontrahenten aufsucht, die gegenseitigen Erklärungen übermittelt, ist Gehülfe.[6]

II. Die Stellvertretung ist entweder eine unmittelbare — direkte — oder mittelbare — indirekte.

1. Der unmittelbare Stellvertreter schließt das Geschäft im Namen des Geschäftsherrn,[7] d. h. dieser erscheint als die Geschäftspartei, nicht er selbst persönlich. Es ist nicht nothwendig, daß das Geschäft ausdrücklich auf den Namen des Geschäftsherrn gestellt wird. Vielmehr genügt es, wenn aus den Umständen hervorgeht, daß der Vertretene die Geschäftspartei ist, z. B. N. verkauft im Laden des A. Waaren als dessen Kommis.

Zwei Auffassungen der unmittelbaren Stellvertretung stehen sich gegenüber. Nach der einen ist der Stellvertreter der wahre Kontrahent, aber die Wirkungen des Geschäftes betreffen bloß den Geschäftsherrn,[8] s. g. Repräsentationstheorie.

Nach der anderen Auffassung, die wir für die richtige halten, ist der Geschäftsherr selbst der Kontrahent,[9] so jedoch, daß der Stellvertreter mit ihm nach Maßgabe seiner Vollmacht zusammenwirkt. Das Geschäft wird also durch den Willen beider erzeugt.[10] Beide sind

---

5) Manche nehmen an, der Bote sei in diesem Falle Stellvertreter. Einen geistigen Antheil an dem Rechtsgeschäfte hat er aber nicht, — er bleibt Gehülfe.

6) Vgl. über die Civilmakler — im Gegensatz zu den Handelsmaklern — Riesenfeld in Gruchots Beitr. Bd. 36 n. 24, Bd. 37 S. 27 ff. Staub, Kommentar zum H.G.B. 6. Aufl. S. 322 ff.

7) In diesem Sinne kommt „alieno nomine" handeln auch bei den Römern vor, l. 9 § 8 D. de reb. cred. 12, 1. Es hat aber in den Quellen auch den allgemeineren Sinn: in Jemandes Interesse handeln, Schloßmann, Besitzerwerb durch Dritte S. 31 ff.

8) Dies ist die herrschende Ansicht. Sie vertritt Buchka a. a. O.; Laband in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 10 S. 186; Schloßmann ebendaselbst Bd. 16 S. 4. Windscheid Bd. 2 § 313 Anm. 4 erklärt sie durch eine Fiktion, „die Willenserklärung des Vertreters wird rechtlich als Willenserklärung des Vertretenen gedacht, fingirt".

9) Diese Ansicht vertheidigt Savigny, Obligationenrecht S. 59; Dernburg, Heidelberger kritische Zeitschrift Bd. 1 S. 19. Neuerdings begründet sie sorgfältig Hellmann a. a. O. Die Römer sind von ihr ausgegangen, wo immer sie direkte Stellvertretung zuließen, vgl. die von Hellmann a. a. O. S. 39 ff. angeführten Stellen. Insbesondere ist sprechend l. 22 D. de manum. vind. 40, 2, wo vom Vater, welcher seinem Sohne Vollmacht zur Freilassung von Sklaven giebt, gesagt wird, „electionem filio concessit, ceterum ipse manumittit", ferner l. 7 pr. D. de calumniatoribus 3, 6. Paulus libro 10 ad edictum: si quidem mandatu meo datum est, vel a procuratore meo omnium rerum, vel ab eo. qui negotium meum gerere volebat et ratum habui: ego dedisse intellegor.

10) Mitteis a. a. O., insbesondere S. 109, betont scharf, daß bei der direkten Stellvertretung sowohl der Vertretene als der Vertreter juristisch handeln und vereint das Rechtsgeschäft erzeugen. Vgl. Leonhard a. a. O. S. 19, Hölder, Pand. § 57, Randa, Eigenthumsrecht 2. Aufl. S. 369. Es ist dies ein Gedanke, dem ich

dessen Begründer, und zwar primär der Vertretene, sekundär der Stellvertreter.[11]

2. Der mittelbare Stellvertreter schließt Geschäfte auf fremde Rechnung, aber im eigenen Namen.[12]

Der mittelbare Stellvertreter ist die Geschäftspartei. Er allein ist hiernach seinem Mitkontrahenten gegenüber persönlich berechtigt und verpflichtet; der Geschäftsherr hat diesem gegenüber grundsätzlich weder Rechte noch Verpflichtungen.

Jedoch sind die Geschäfte zum Nutzen und Schaden des Vertretenen. Sie gehen auf dessen Rechnung. Denn der Vertretene kann einerseits von dem Vertreter Herausgabe dessen fordern, was dieser in Folge des Geschäftsschlusses erwarb; er muß ihm andererseits Aufwendungen ersetzen und Verbindlichkeiten abnehmen, welche ihm in Folge des Geschäftsschlusses zur Last fielen.

§ 118. Stellvertretung nach römischem Rechte.[1]

1. Die direkte Stellvertretung war dem älteren römischen Rechte fremd. Eine ungehemmte Entwickelung hat sie in Rom nie gefunden.[2]

von jeher folgte, der aber allerdings von Mitteis bestimmter accentuirt ist. Hiernach beantwortet sich die schwierige Frage, auf wessen Wissen, Verschuldung es ankommt, ob auf diejenigen des Vertretenen oder des Vertreters? Soweit die Gestaltung des Geschäftes durch den Prinzipal geschah, ist dessen Wissen, Irrthum, Dolus oder Verschuldung entscheidend, soweit der Vertreter das Geschäft bildete, ist auf dessen Kenntniß und Absicht zu sehen. Nach der Repräsentationstheorie käme es nur auf Wissen und Wollen des Vertreters an, was zu sehr unbilligen und unpraktischen Resultaten führt. Wenn z. B. Jemand weiß, daß eine Sache dem nicht gehört, welcher sie zum Verkauf ausbietet, und er beauftragt seinen Handlungsgehülfen, der dies nicht weiß, zum Ankauf, so kann er nicht als gutgläubiger Erwerber gelten, trotz des redlichen Glaubens seines Bevollmächtigten. Die Repräsentationstheorie muß folgerecht das Gegentheil annehmen. Die römischen Stellen, welche unsere Frage berühren, l. 12, 13 D. de contr. e. 18, 1, l. 51 D. de aed. ed. 21, 1, l. 16 §§ 3 u. 4, l. 22 D. de lib. causa 40. 12 behandeln überwiegend Fälle s. g. indirekter Stellvertretung und sind darum für die direkte nicht maßgebend. Wie hier im wesentlichen auch B.G.B. § 166.

11) Auch das R.G. Bd. 3 S. 121 nimmt an, daß der Principal der Kontrahent sei, und leitet hieraus folgenden Satz ab. Wenn Beklagter gegenüber der Klage einen Geschäftsschluß zugebe, aber behaupte, daß er nicht für sich, sondern als Stellvertreter eines Dritten abgeschlossen habe, so sei dies Leugnen der Klage, nicht ein vom Beklagten zu erweisender Einwand. Denn Beklagter behaupte hiermit ein anderes Geschäft, als das in der Klage vorgetragene. Es müsse also Kläger behaupten, daß der Beklagte Vertragssubjekt sei. Vgl. Mitteis a. a. O. S. 152.

12) Es besteht ein terminologischer Streit darüber, ob man auch diese Art des Geschäftsschlusses Stellvertretung nennen könne. Jhering a. a. O. Bd. 1 S. 212 ff. verwirft dies. Er wählt den Ausdruck „Ersatzmann"; Scheurl a. a. O. empfiehlt den Ausdruck „Zwischenperson"; Siegel hat die Bezeichnung „stiller Stellvertreter" vorgeschlagen. Eine allgemeine Anerkennung hat keine dieser Bezeichnungen gefunden. B.G.B. behandelt unter der Ueberschrift „Vertretung" nur die unmittelbare Stellvertretung, vgl. §§ 164 ff.

1) Vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 488; Hellmann a. a. O.; Mitteis S. 9.

Die römische Gestaltung der hausherrlichen Gewalt ließ sie dem römischen Verkehr zeitweise entbehrlich erscheinen. Denn dem Hausherrn gehörte von Rechtswegen alles, was seine Sklaven erwarben, wie auch was Sklaven in seinem Nießbrauch sowie Freie, die er in gutem Glauben als Sklaven besaß, mittels seines Vermögens oder durch ihre Dienste erlangten. Wie die Sklaven erwarben nach klassischem Recht Hauskinder und andere Gewaltuntergebene alles dem Hausvater. Im justinianischen Rechte erwarben die Hauskinder noch dem Vater, was sie mit dessen Vermögen verdienten.[3] Dies alles war nicht Stellvertretung, denn der Erwerb vollzog sich ohne Willen des Untergebenen und ohne Wissen und Willen des Herrn. Aber es wurde doch vielfach dasselbe Resultat erzielt wie durch Stellvertretung. Dies namentlich seit der Prätor den Gewaltuntergebenen Inanspruchnahme von Kredit dadurch ermöglichte, daß er aus ihren Geschäftsschulden unter gewissen Voraussetzungen und Maßgaben Klagerechte gegen den Hausvater gab.[4]

Da die eigenen Kräfte des Hauses in der älteren römischen Zeit regelrecht ausreichten, um die ihm nöthigen Verkehrsgeschäfte zu vollziehen, so stellte sich der Grundsatz fest, der sprüchwörtlich wurde: per liberam personam adquiri nobis non potest.[5]

Durch eigene Entschließung sollte man seine Rechte gestalten. Dies war römische Grundidee. Ließ man doch um deswillen kaum der Kindheit entwachsene Unmündige unter auctoritas ihres Tutors die Rechtshandlungen, die sie angingen, selbst vollziehen. Um so mehr mußte für mündige Personen die persönliche Vornahme ihrer Geschäfte geboten scheinen.[6]

1. Im Laufe der Zeit wurde freilich der altüberkommene Grundsatz ein schweres Hinderniß des Verkehrs. Das entwickelte römische Recht hat ihn daher möglichst umgangen und eingeschränkt.[7]

---

2) l. 11 D. de o. et a. 44, 7, l. 38 § 17 D. de V. O. 45, 1, l. 53 D. de a. r. d. 41, 1. Mitteis S. 33.

3) Gaj. Inst. II §§ 86 ff., tit. Inst. per quas personas 3, 28.

4) Vgl. unten Bd. 2 § 14.

5) Gaj. Inst. II § 95, Paul. sent. V. 2 § 2, l. 11 § 6 D. de pign. act. 13, 7, l. 126 § 2 D. de verb. obl. 45. 1, l. 1 pr. C. per quas personas 4, 27. Vgl. die Zusammenstellung bei Schloßmann, der Besitzerwerb S. 47 ff.

6) Vgl. oben § 80. — Schloßmann, der Besitzerwerb S. 62 ff. und in Grünhuts Zeitschrift Bd. 10 n. 11 behauptet, der Grundsatz: per liberam personam non adquiritur habe die Tendenz gehabt, eine Schutzwehr der Freiheit zu bilden. Kennzeichen des Freien sei der Erwerb für sich, Kennzeichen des Unfreien Erwerb für Andere gewesen. Die Verwischung der Grenze sollte unser Satz verhindern. Und doch sahen die Römer Hülfsdienste — ministerium — bei Abschluß von Geschäften, insbesondere Botendienste durch Freie, als zulässig an. Derartiges ist aber weit eher knechtischer Natur als Abschluß von Rechtsgeschäften.

7) Die hierhergehörigen Stellen hat Hellmann a. a. O. S. 43 sorgfältig ge-

Stellvertreter durften Rechte Dritter *wahren* z. B. durch Bauverbote, Mahnungen,[8] ferner Verwaltungsakte vornehmen, Dienste als Boten leisten.[9] Dies wurde auf das äußerste ausgebeutet. Auch Besitzerwerb durch Stellvertreter ließ man zu.[10][11]

Im übrigen half man sich durch eine *eigenthümliche Entwickelung der indirekten Stellvertretung*. Der Schiffer — magister navis —, welcher das Schiff eines Dritten — des Rheders, exercitor navis —, führte, und der institor, welcher an die Spitze eines fremden Erwerbsgeschäftes gestellt war, berechtigten und verpflichteten sich zwar aus den Gewerbegeschäften persönlich. Aber der Prätor sicherte diesen Geschäftsunternehmungen den nöthigen Kredit dadurch, daß er aus deren Geschäftsschulden die actio exercitoria gegen den Rheder und die actio institoria gegen den Handelsherrn gab, wonach dieselben neben ihren Angestellten hafteten. Hiermit erhielten diese indirekten Vertretungen in gewissem Maße die Wirkung einer direkten Stellvertretung.

Man wußte sich also zu helfen; aber man *brach nicht mit dem Grundsatze der Unzulässigkeit direkter Stellvertretung*.[12]

§ 119. Die Stellvertretung nach gemeinem Rechte.

1. Nach gemeinem Rechte steht dem Verkehr in der Regel sowohl direkte wie indirekte Stellvertretung offen. Nur ausnahmsweise wird

sammelt; doch ist keineswegs in allen von ihm aufgeführten Stellen von direkter Stellvertretung die Rede, beispielsweise gewiß nicht in l. 64 D. pro socio 17, 2.

8) l. 1 §§ 3, 20 D. de o. novi nunc. 39, 1, l. 24 § 2 D. de usuris 22, 1, l. 1 §§ 3, 4 D. de agnosc. liberis 25, 3, l. 2 D. de fidej. et nom. 27, 7, l. 18 § 4 D. ad legem Juliam de adulteriis 48, 5.

9) l. 14 § 3, l. 15 D. de pecunia constituta 13, 5, l. 1 § 11 D. depositi 16, 3.

10) Siehe die Lehre vom Besitz unten § 180. Auch die Darlehensforderung wurde durch direkte Stellvertreter erworben, vgl. l. 2 § 4, l. 9 § 8 D. de reb. cred. 12, 1, Mitteis a. a. O. S. 67. Ueber den Erwerb des Pfandrechtes siehe l. 11 § 6 D. de pign. a. 13, 7, l. 21 D. de pign. 20, 1, l. 3 C. per quas personas 4, 27. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 204.

11) Eine Singularität war, daß der Hausvater seinen Hauskindern die Ermächtigung zur Manumission von Sklaven an seiner Statt geben konnte, l. 3 pr., l. 22 D. de manumiss. vindicta 40, 2, vgl. oben § 117 Anm. 9.

12) Savigny, Obligationenrecht Bd. 2 S. 21 ff., ist anderer Ansicht. Er beruft sich auf l. 53 D. de a. r. d. 41, 1. Modestinus libro 14 ad Quintum Mucium. Ea, quae civiliter adquiruntur per eos, qui in potestate nostra sunt, adquirimus, veluti stipulationem: quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus. Savigny nimmt an, es sei hier freie Stellvertretung bei formlosen Geschäften anerkannt, nur bei Formalgeschäften werde sie noch verworfen. Aber Modestin setzt hier nicht formellen und formlosen Erwerb in Gegensatz, sondern Rechtserwerb und Besitzerwerb vgl. l. 49 D. de V. S. 50, 16, abgedruckt oben § 22 Anm. 4.

Handeln in Selbstperson verlangt z. B. bei der Eheschließung, der Testamentserrichtung. Nicht anders ist es nach B.G.B.

2. Auf der mittelbaren Stellvertretung beruht das Kommissionsgeschäft. Kommissionär ist im Sinne des Handelsgesetzbuches, wer gewerbemäßig übernimmt, Waaren oder Werthpapiere für Rechnung eines Anderen in eigenem Namen zu kaufen oder zu verkaufen.[1]

3. Die unmittelbare Stellvertretung ist bei Vermögensgeschäften unter Lebenden allgemein zulässig geworden.[2] Besonders ausgebildet ist sie im Handelsrecht.[3]

Bezüglich der direkten Stellvertretung sind einige allgemeine Grundsätze hervorzuheben.

Die Stellvertretung erfordert den Willen des Stellvertreters, den Geschäftsherrn zu vertreten.[4]

Nicht minder ist nothwendig die Befugniß — Legitimation —, für den Vertretenen zu handeln.

a) Sie beruht vor allem in einer Vollmacht. Es ist dies eine vom Geschäftsherrn ausgehende Ermächtigung Rechtshandlungen an seiner Statt vorzunehmen. Die Vollmacht kann durch Erklärung gegenüber dem Bevollmächtigten ertheilt werden, aber auch durch Erklärung an den Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll.[5] Sie ist ein-

---

1) H.G.B. § 383, vgl. auch § 406.

2) Dies ist die herrschende Ansicht. Sie ist auch in der Praxis anerkannt. R.G. Bd. 2 S. 167. Doch finden sich einzelne Dissentienten; zu ihnen gehören Bangerow Bd. 3 § 608, Bähr, Iherings Jahrb. Bd. 6 S. 288, Archiv f. c. Pr. Bd. 67 S. 189. Nach B.G.B. ist die Sache unzweifelhaft.

3) In den Diensten der Kaufleute finden sich Prokuristen d. h. Bevollmächtigte, welche eine unbeschränkbare Vollmacht zu allen Geschäften haben welche der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt, und Handlungsbevollmächtigte, welche entweder zum Betriebe des ganzen Handelsgewerbes des Principals oder eines Kreises von Geschäften ermächtigt sind. H.G.B. § 48 ff. Auch Handlungsagenten, welche nicht im Dienste des Kaufmannes stehen, haben nicht selten Vollmacht, in seinem Namen Geschäfte zu schließen, vgl. H.G.B. § 84. Siehe Laband, die Stellvertretung nach dem H.G.B. in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 10 S. 183 ff., R.G. in Seuff. A. Bd. 48 n. 48.

4) Der Stellvertreter muß willensfähig sein. Geisteskranke und Kinder können keine Stellvertreter, wohl aber Boten sein. Der direkte Stellvertreter braucht aber nicht die für das abzuschließende Geschäft nöthige Handlungsfähigkeit zu haben, denn er ist nicht der Kontrahent des Geschäftes, vgl. oben § 117 Anm. 9. Es kommt z. B., wenn er für den Geschäftsherrn eine Wechselschuld eingeht, nicht darauf an, ob er wechselfähig ist, sondern ob der Geschäftsherr die Wechselfähigkeit hat. Die verschiedenen Meinungen über die Frage finden sich bei Hellmann a. a. O. S. 145 zusammengestellt. Daß der Vertreter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, beeinträchtigt auch nach B.G.B. § 165 die Wirksamkeit einer von ihm oder ihm gegenüber abgegebenen Willenserklärung nicht.

5) Nach Lenel a. a. O. S. 15 ff. ist allein die Erklärung gegenüber dem Dritten von rechtlicher Bedeutung. Wie hier B.G.B. § 167 Abs. 1: Die Ertheilung der Voll-

seitiges Rechtsgeschäft, der Erklärung der Annahme der Vollmacht durch den Bevollmächtigten gegenüber dem Vollmachtgeber bedarf es nicht.[6]

Die Vollmacht geht meist Hand in Hand mit einer Verpflichtung des Bevollmächtigten, für den Vollmachtgeber thätig zu sein, insbesondere einem Auftrag, einem Dienstverhältniß; die Vollmacht kann aber auch bloß im Interesse des Ermächtigten ertheilt sein.

Die Vollmacht ist etwas Höchstpersönliches. Sie endigt durch den Tod des Vollmachtgebers[7] wie auch des Bevollmächtigten, ferner durch Widerruf, sofern er dem Bevollmächtigten oder dem Dritten erklärt wird, mit welchem dieser zu Verhandlungen ermächtigt war, und durch Aufkündigung des Bevollmächtigten. Im Interesse der Sicherheit des Verkehrs sind Dritte, welche sich auf die Vollmacht verließen und deren Aufhebung entschuldbarer Weise nicht kannten, gegen hieraus erwachsende Nachtheile zu schützen.[8] Der Vollmachtgeber kann auf das Recht die Vollmacht zu widerrufen nicht rechtsgültig verzichten. Denn damit würde er seine rechtliche Selbständigkeit aufgeben.[9]

b) Fehlende Vollmacht wird durch nachträgliche Genehmigung ersetzt. Die Genehmigung wirkt rückwärts, unbeschadet inzwischen erworbener Rechte von redlichen Dritten.[10]

---

macht erfolgt durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll.

6) Für die Vertragsnatur der Vollmacht erklärt sich Laband in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 10 S. 208, vgl. hiergegen Hellmann a. a. O. S. 109, Mitteis S. 185.

7) Die Vollmacht kann nach deutschrechtlicher Auffassung auf die Erben des Vollmachtgebers erstreckt werden. Die Prokura erlischt durch den Tod des Principals nicht, H.G.B. § 52 Abs. 3, ebensowenig die Prozeßvollmacht, C.P.O. § 86. Nach B.G.B. § 672 erlischt ein Auftrag, nach § 675 ein Dienstvertrag und eine Werkverdingung, welche eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben, nicht durch den Tod des Geschäftsherrn und nach § 168 folglich auch nicht die an das Verhältniß geknüpfte Vollmacht.

8) Dritte, welche einem früheren Inkassomandatar — d. h. einem zur Annahme von Zahlungen Bevollmächtigten — zahlen, ohne zu wissen, daß seine Vollmacht bereits erloschen ist, werden gleichwohl von ihrer Schuld befreit. l. 34 § 3. l. 51 D. de solut. 46, 3, § 10 J. de mandato 3, 26. Obgleich dies die römische Praxis auf Zahlungen beschränkte, l. 41 D. de reb. cred. 12, 1, so liegt es doch in der Konsequenz und entspricht der Billigkeit, den Satz auch bei Geschäften anderer Art zur Anwendung zu bringen. Natürlich muß die Unkenntniß entschuldbar sein. So im Wesentlichen B.G.B. § 169.

9) Vgl. Lenel a. a. O. S. 34 ff. Anders jedoch B.G.B. § 168 Satz 2.

10) Vgl. Zimmermann, die stellvertretende negotiorum gestio 1876, Mitteis a. a. O. S. 230, Bertolini, la ratifica degli atti giuridici nel diritto privato romano, 2 Bde., Roma 1889. Ebenso B.G.B. § 184. Der Vertreter und dessen Mitkontrahent können von vornherein vereinbaren, daß das Geschäft erst von der Ratifikation an gelten soll. Der Principal kann seiner Ratifikation aber ohne Zustimmung des Mitkontrahenten die Rückwirkung nicht entziehen, da er sonst dem Geschäft einen anderen Inhalt geben würde, als ihm an sich innewohnt, wozu er ohne Einwilligung des anderen Theiles nicht befugt ist.

Das Geschäft, welches der unbevollmächtigte Stellvertreter[11] abschließt, ist in der Schwebe, bis die Genehmigung ertheilt oder versagt wird. Inzwischen steht ihm der Rücktritt zum Nachtheil des Vertretenen nicht mehr frei. Verzögerung der Genehmigung ist als Versagung zu behandeln.[12][13]

c) Für Handlungsunfähige handeln gesetzliche Vertreter.

Bei dieser Art der Stellvertretung handelt es sich nicht um die bloße Durchführung des in der Vollmacht allgemein oder bestimmt erklärten Willens eines Geschäftsherrn. Hier wird der fehlende Wille des Vertretenen geradezu ersetzt durch den Willen des Vertreters, welcher für ihn handelt. —

Die Vollmacht ist eine specielle oder eine generelle.

Die Specialvollmacht ermächtigt zu einem bestimmten Geschäfte oder zu einer bestimmten Kategorie von Geschäften, z. B. zur Veräußerung von Grundstücken.

Die Generalvollmacht ermächtigt zur Verwaltung des gesammten Vermögens oder eines besonderen Kreises wirthschaftlicher Angelegenheiten. Die Generalvollmacht kann sich auf die laufende Verwaltung[14] beschränken, ohne das Recht zu geben, die Substanz anzutasten, sie kann aber auch freie Verwaltung geben, administratio cum libera, insbesondere das Recht zu Veräußerungen der Substanz und zu Vergleichen. Die Ermächtigung freier Verwaltung kann ausdrücklich gegeben sein oder aus dem Gesammtinhalt der Vollmacht und ihren Zwecken

11) Hierfür spricht l. 23 D. de neg. gest. 3, 5. Paulus libro 24 ad edictum, wo der „procurator" ein unbevollmächtigter Geschäftsführer ist. Vgl. übrigens Mitteis a. a. O. S. 221.

12) Nach B.G.B. § 177 a. E. gilt die Genehmigung als verweigert, wenn sie der Vertretene nicht binnen 2 Wochen nach Empfang einer Aufforderung des Dritten ertheilt.

13) Es ist hier der Ort, von den römischen Prokuratoren zu reden. Die Untersuchungen von Schloßmann, Besitzerwerb durch Stellvertreter S. 89, haben die Einsicht bezüglich ihres Verhältnisses wesentlich gefördert. Im römischen Leben bezeichnete man als procuratores Vertrauenspersonen eines Herrn, die regelmäßig in seinen Geschäften thätig waren. Es handelte sich um eine sociale Stellung, eine Art von Amtstitel, der an eine Vertrauensstellung anknüpfte. Wer procurator hieß, weil er regelmäßig für einen Geschäftsherrn handelte, konnte daher im gegebenen Falle sehr leicht ohne Vollmacht sein. Wo dies von Wichtigkeit ist, heben die Juristen hervor, daß es sich um Prokuratoren handele, die im Besitz eines Mandates seien. Daher spricht z. B. Modestin in l. 63 D. de proc. 3, 3 von einem procurator totorum bonorum, cui res administrandae mandatae sunt. Es gab jedoch Juristen, welche den Ausdruck procurator im juristischen Sinne im Gegensatze zur Laiensprache nur für Mandatare verwerthen wollten. Dies that Ulpianus libro 9 ad edictum l. 1 pr. § 1 D. de proc. 3. 3. Procurator est, qui aliena negotia mandatu domini administrat; procurator autem vel omnium rerum, vel unius rei esse potest constitutus . . . quamvis quidam, ut Pomponius libro 24 scribit, non putent unius rei mandatum suscipientem procuratorem esse. Meistens unterschied man den procurator verus, d. h. den mit Vollmacht versehenen, und den procurator falsus, der eine Vollmacht nicht besitzt. Schloßmann, a. a. O. S. 117.

14) Dahin gehört namentlich auch Fruchtveräußerung, siehe Petražycki, Einkommen Bd. I S. 177.

erhellen. Soweit dies nicht der Fall ist, beschränkt sich die Generalvollmacht auf die laufende Verwaltung.[15]

Auch die freie Verwaltung ermächtigt nicht zu Schenkungen, welche auf freier Gunst beruhen; Schenkungen, welche durch die Verwaltung des Vermögens gefordert werden, z. B. an Dienstboten, Neujahrsgeschenke, sind aber dem Vertreter gestattet.[16 17]

4. Rechte und Pflichten aus dem Geschäft überkommt bei direkter Stellvertretung unmittelbar der Vertretene. Aber der Stellvertreter kann wegen Verschuldung verpflichtet werden, namentlich wenn er sich grundlos als bevollmächtigt ausgab.[18]

VII. Fehlerhafte Geschäfte.

§ 120. Nichtigkeit und Entkräftbarkeit.

Was die Gestalt eines Rechtsgeschäftes hat, entbehrt oft der Wirkung eines normalen Geschäftes. Derartige Geschäfte bezeichnet man meist als *ungültige*.[1] Wir nennen sie *fehlerhafte* Geschäfte.

---

15) Die Römer unterscheiden libera administratio des Generalbevollmächtigten von gewöhnlicher Verwaltung. l. 58 ff. D. de proc. 3, 3. Hieran schloß sich das kanonische Recht in cap. 4 in 6to de procuratoribus 1, 19. Die Unterscheidung ging in die Praxis über. Früher forderte man überwiegend, daß die „freie" Verwaltung *ausdrücklich* in der Vollmacht gestattet sei. Es besteht jedoch kein Grund, anderen unzweideutigen Erklärungen des Vollmachtgebers keine Folge zu geben.

16) l. 7 pr. D. de donat. 39, 5. l. 8 § 5 D. q. m. pignus solv. 20, 6. Das B.G.B. unterscheidet specielle und generelle Vollmacht nicht besonders. Der Umfang der Bevollmächtigung ist Auslegungsfrage.

17) Kann der direkte Stellvertreter im Namen des Vertretenen Geschäfte mit sich selbst abschließen? Es ist dies an sich möglich, denn er kann den eigenen Willen wie den des Vertretenen gültig erklären. Nur wo eine *Kollision der Interessen zu befürchten ist, reicht seine Vollmacht nicht aus*, und kann es daher zum Geschäftsschluß nicht kommen. R.G. Bd. 6 S. 11, Bd. 7 S. 119. Doch ging das justinianische Recht noch nicht soweit. Ueber die verschiedenen Ansichten vgl. Römer, Rechtsgeschäfte des Stellvertreters mit sich, Goldschmidts Zeitschrift Bd. 19 S. 67, Rümelin, das Selbstkontrahiren des Stellvertreters 1888 und hierüber Meißels in Grünhuts Zeitschrift Bd. 18 S. 250, Eck in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 39 S. 265. Dort ist die l. 9 § 7 D. de adm. tut. 26. 7 zuerst in interessanter Weise richtig erklärt. B.G.B § 181 *schließt* die Vornahme von Rechtsgeschäften des Vertreters mit sich, abgesehen von Erfüllung einer Verbindlichkeit, grundsätzlich *aus*.

18) Siehe unten Bd. 2 § 10 am Schluß.

1) Grabenwitz, die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte 1887. Mitteis, z. L. v. d. Ungültigkeit in Iherings Jahrb. Bd. 28 n. 3. Savigny Bd. 4 S. 536 hat die Bezeichnung „ungültige Geschäfte" angewendet. Sie ist seitdem allgemein gebräuchlich geworden. Ungültig heißt aber nichts Anderes, als ohne Geltung, d. h. wirkungslos. Manche begreifen daher sprachlich nicht inkorrekt unter den ungültigen Geschäften auch bedingte nach Ausfallen der Bedingung. So angewendet umfaßt der Ausdruck heterogene Dinge. Einer besonderen Betrachtung bedürfen die fehlerhaften Geschäfte. Dieser Terminus begrenzt daher das hier zu behandelnde Gebiet zweckmäßiger. Er ist auch quellenmäßig, da die Römer von vitiosen Geschäften — institutio vitiosa — reden. l. 29, l. 201 D. de R. J. 50, 17. Von inutilis spricht u. a. l. 210 D. eod.

Sie sind entweder *nichtig* oder bloß *entkräftbar*.[2]

Vor nicht langer Zeit sah man in der scharfen Sonderung der Nichtigkeit und der Entkräftbarkeit ein Zeichen der Größe des römischen Rechtes. Derzeit sprechen Manche dem Gegensatz die innere Berechtigung ab. Es liege ein bloß historischer Unterschied vor. In Rom seien die Rechtsgeschäfte bald nach Civilrecht unwirksam — nichtig — gewesen, bald habe ihnen die prätorische Jurisdiktion die Geltung entzogen — entkräftbare Geschäfte. Dieser Unterschied sei mit dem Dualismus des civilen und prätorischen Rechtes beseitigt. Nur das sei jetzt die Frage, ob ein juristischer Thatbestand in der beabsichtigten Weise wirke oder nicht.[3]

Hierin ist ein Fortschritt nicht zu finden. Im Einzelnen mag die historische Entwickelung des römischen Rechtes die Grenzen zwischen Nichtigkeit und Entkräftbarkeit mehr in zufälliger Weise bestimmt haben. Der Gegensatz selbst ist in der Sache begründet und auch heute noch von Bedeutung.

1. *Nichtige* Geschäfte haben den Anschein, aber nicht das Wesen eines Rechtsgeschäftes.

Es muß ein Geschäftsschluß beurkundet oder sonst beweisbar sein, so daß der Anschein eines Rechtsgeschäftes entstanden ist. Aber die rechtlichen Erfordernisse eines Geschäftes fehlen ihm, sei es weil die allgemeinen Grundbedingungen der Rechtsgeschäfte, insbesondere Rechts- und Willensfähigkeit oder der Geschäftswille nicht vorhanden waren, sei es weil die besonderen Erfordernisse gerade des beabsichtigten Geschäftes mangelten, sei es endlich, daß Umstände bestehen, welche das Zustandekommen des fraglichen Geschäftes verhindern, z. B. ein Veräußerungsverbot, welches die Veräußerung nichtig macht.

Sein und Nichtsein sind absolute Gegensätze. Daher scheint die Logik zu fordern, daß die Nichtigkeit stets eine absolute sei. Dennoch bewährt sich dies nicht. Auch eine *relative Nichtigkeit* kommt vor, so daß dasselbe Geschäft unter Umständen als nicht existirend gilt und unter anderen doch Geltung hat.

---

2) Entkräftbarkeit wird in der gemeinrechtlichen Litteratur meist Anfechtbarkeit genannt, so auch in den früheren Auflagen dieses Werks. Jetzt hat aber das B.G.B. das Wort „Anfechtung" für die Fälle der durch Anfechtung bedingten — s. g. relativen — Nichtigkeit in Beschlag genommen, vgl. unten Anm. 9. Wir ziehen daher jetzt die Bezeichnung Entkräftbarkeit vor.

3) So namentlich Lenel, Exceptionen S. 137, Schloßmann, Zwang S. 20; vgl. aber Thon, Rechtsnorm S. 266, und d. rechtsverfolgende Einrede in Jherings Jahrb. Bd. 28 S. 43, Leonhard, Irrthum S. 294. Richtig ist, daß die römischen Juristen keine feststehenden technischen Bezeichnungen für Nichtigkeit und Entkräftbarkeit haben, vgl. Lothar Seuffert, Ratihabition S. 119 Anm. 8, Schloßmann, Zwang S. 23 Anm. 30. Der Gegensatz kam aber in den Rechtsmitteln, die sie in dem einen oder dem anderen Falle anwendeten, zum Ausdruck.

a) Das absolut nichtige Geschäft ist schlechthin rechtlich nicht vorhanden. Diese Nichtigkeit können daher nicht nur die Vertragschließenden und ihre Rechtsnachfolger geltend machen, sondern wer immer bei ihr interessirt ist.[4] Ist sie gerichtskundig geworden, etwa durch den eigenen Vortrag des Klägers, so hat sie der Richter auch von Amtswegen zu berücksichtigen.[5] Daher kann er auf ein Klagevorbringen, welches ein nichtiges Geschäft darlegt, auch dann eine Verurtheilung nicht gründen, wenn der Beklagte nicht erscheint oder sich nicht vertheidigt.[6]

Einer besonderen Nichtigkeitsklage bedarf es zur Geltendmachung der Nichtigkeit nicht. Man kann unter Ignorirung des nichtigen Geschäftes Klagen und Einreden vorbringen und, falls es wie ein gültiges entgegengestellt wird, dessen Nichtigkeit darlegen. Wer aber ein rechtliches Interesse dabei hat, kann auch mittels Feststellungsklage richterliche Konstatirung der Nichtigkeit erlangen.[7] [8]

b) Die Nichtigkeit ist eine relative, wenn sie nicht von jedem bei ihr Interessirten und nicht in allen Fällen geltend gemacht werden kann. Häufig führen nämlich Erwägungen der Zweckmäßigkeit, der Billigkeit, der guten Ordnung dahin, gewissen Personen die Geltendmachung von Nichtigkeiten abzuschneiden und sie bestimmten Anfechtungsberechtigten allein zu eröffnen.[9] [10]

c) In einigen Fällen ist zur Geltendmachung der Nichtigkeit eine

---

4) Z. B. im Fall einer nichtigen Schenkung die Gläubiger des Schenkers, vgl. R.G. Bd. 23 S. 177.

5) Allerdings behauptet Schloßmann a. a. O. S. 25, auch sogen. Nichtigkeitsgründe müßten von der Partei geltend gemacht werden, könnten nicht ex officio vom Richter berücksichtigt werden. Gerade dies aber ist unrichtig. Es ist Aufgabe des Richters, von Amtswegen zu prüfen, ob der vom Kläger vorgebrachte Thatbestand nach objektivem Rechte zur Verurtheilung genügt, und dies ist nicht der Fall, wenn er sich als der Thatbestand eines nichtigen Geschäftes darstellt.

6) C.P.O. § 331. Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes kann der Beklagte, auch wenn er sie in den früheren Instanzen nicht gerügt hat, mittels Revision beim Reichsgericht geltend machen, R.G. Bd. 8 S. 144.

7) C.P.O. § 256.

8) Ueber den Anspruch der Rückgabe aus einem nichtigen Geschäft siehe Bolze im Archiv f. c. Pr. Bd. 76 n. 6.

9) Gegen die relative Nichtigkeit erklärten sich Brandis in Lindes Zeitschrift Bd. 7 n. 4 und 5, Mitteis a. a. O. S. 131, Regelsberger Bd. 1 § 174 Anm. 19, vgl. dagegen Windscheid Bd. 1 § 82 Anm. 8.

10) Das B.G.B. bezeichnet die „relative Nichtigkeit" als „Anfechtbarkeit". So namentlich §§ 119, 123 vgl. § 142, ebenso die relativ nichtige Ehe § 1331. Die Anfechtung des B.G.B. steht zwischen absoluter Nichtigkeit und Entkräftbarkeit in der Mitte. Der Anfechtungsgrund fordert eine — in der Regel formlose — Erklärung der Anfechtung durch den Anfechtungsberechtigten innerhalb gesetzlicher Frist, vgl. namentlich § 124. Wird das anfechtbare Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen B.G.B. § 142.

Klage nothwendig. Insbesondere ist die Beseitigung einer formgerecht geschlossenen Ehe, auch wenn sie nichtig oder anfechtbar ist, nur durch Klage möglich.[11] Das Gleiche gilt von nichtigen Urtheilen.[12]

2. Wahre aber mangelhafte Geschäfte sind entkräftbar. Solche Geschäfte begründen das beabsichtigte Rechtsverhältniß an und für sich. Der Richter ist daher berechtigt und verpflichtet, auf Grund derselben zu verurtheilen, sofern ihr Mangel nicht geltend gemacht wird. Dies auch dann, wenn der Mangel, aus welchem die Entkräftbarkeit entspringt, thatsächlich im Prozeß liquid gestellt wurde.[13]

Es bedarf also einer besonderen Reaktion — der Geltendmachung des Entkräftungsgrundes — um die Wirkung solcher Geschäfte zu hemmen oder zu beseitigen.[14]

Im Einzelnen sind die Gründe sehr verschiedener Art; hiernach auch Inhalt und Umfang der Gegenwirkung, die Gestaltung der Rechtsmittel, die Entkräftungsberechtigten und die Verpflichteten.

Die Entkräftung kann gewöhnlich durch Einrede geltend gemacht werden, zuweilen ist eine Klage erforderlich, unter Umständen hat eine besondere in integrum restitutio durch die Obrigkeit einzutreten.

Häufig handelt es sich um einen Anspruch seitens des einen der Vertragschließenden gegen den anderen, z. B. wegen Betruges; zuweilen geht der Anspruch auch gegen Dritte, beim Vertragsschluß nicht Betheiligte, z. B. im Falle der Erpressung. Gewisse Entkräftungsgründe berechtigen nur Dritte. Dahin gehört namentlich die „Anfechtungsklage" der Gläubiger — die actio Pauliana — gegenüber Rechtshandlungen ihres zahlungsunfähigen Schuldners.

Verzicht auf die Entkräftung beseitigt den Mangel des Rechtsgeschäftes, wenn der Verzichtende zu der Erklärung legitimirt ist.

---

11) C.P.O. §§ 606 ff.

12) C.P.O. §§ 578 ff.

13) Geht also aus der Verhandlung hervor, daß das der Klage zu Grunde liegende Geschäft durch Erpressung veranlaßt ist, so muß der Richter doch verurtheilen, solange der Beklagte die Erpressung nicht geltend macht. Nicht anders verhielt es sich beim S. C. Vellejanum. Gradenwitz a. a. O. S. 75 und S. 309 behauptet zwar, der Prätor habe die exc. S. C. Vellejani eingefügt, wofern nur der Verdacht einer Intercession vorlag, auch wo die Frau keine bezügliche Bitte stellte. Dies ist aber unbewiesen und befremdlich. Jedenfalls theilt er für das justinianische Recht unsere Anschauung, S. 415. Vgl. ferner Thon in Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 78.

14) Wer zugiebt, daß, was wir Nichtigkeit nennen, von Amtswegen durch den Richter zu beachten ist, und was Entkräftbarkeit, nur auf Antrag, der mag die Ausdrücke beanstanden, oder die Uebereinstimmung mit den Vorstellungen des klassischen römischen Rechts; ein systematischer Gegner der hier vertheidigten Theorie ist er nicht mehr. Dies gilt hinsichtlich des Werks von Gradenwitz, vgl. S. 297 ff. und der Ausführungen von Bekker Bd. 1 S. 90.

§ 121. Eidliche Bestärkung fehlerhafter Geschäfte.[1]

Staatsinteresse und religiöse Empfindung treten bei der Frage in Konflikt, ob eine eidliche Bestärkung fehlerhaften Geschäften Kraft verleiht. Nach unseren Rechtsquellen wurde diese Frage seit anderthalb Jahrtausenden in verschiedenem Sinne beantwortet.

1. Die Römer sprachen der Bestätigung fehlerhafter Geschäfte durch promissorischen Eid im allgemeinen die verbindliche Kraft ab.[2] Eine Verordnung von Alexander Severus versagte jedoch Minderjährigen die Restitution gegen durch Eid körperlich — d. h. persönlich — bekräftigte Verkäufe, weil Eidbruch und Treubruch die Rechtswohlthat nicht verdienten.[3]

2. Im Mittelalter stritt man über die Tragweite dieser Verordnung. Im Gegensatze zur Ansicht von Bulgarus bezog sie Martinus auch auf nichtige Geschäfte der Minderjährigen. Ihm folgend erklärte die authentica „sacramenta puberum" von Friedrich I. nicht erzwungene, an sich ungültige Geschäfte von Minderjährigen im Falle eidlicher Bestärkung für gültig. Desgleichen thaten die Päpste, sofern es sich nicht um Geschäfte handele, welche das Seelenheil gefährdeten.[4]

3. Dies war Ausfluß mittelalterlicher Rechtsansichten, wonach sich die Willkür des Individuums über die Rechtsordnung erheben konnte. Nach neuerem gemeinen Rechte hat aber eidlicher Verzicht auf Geltendmachung der Fehler eines Geschäftes nicht mehr Kraft als einfacher Verzicht.[5]

§ 122. Konvalescenz nichtiger Geschäfte.

1. Nichtige Rechtsgeschäfte gewinnen keine Kraft dadurch, daß der Grund wegfällt, in welchem ihr Fehler bei ihrer Begründung beruhte.[1]

In einigen Fällen wird jedoch die Nichtigkeit durch Veränderung der Umstände geheilt. Insbesondere erhielten nach römischem Rechte Schenkungen unter Ehegatten Geltung, wenn der Schenker vor dem Beschenkten in der Ehe verstirbt, ohne widerrufen zu haben.[2]

---

1) Pfeiffer, praktische Ausführungen Bd. 3 n. 9.

2) l. 7 § 16 D. de pactis 2, 14, l. 5 § 2 C. de legibus 1, 14, l. 112 § 4 D. de legatis I.

3) l. 1 C. si adversus venditionem 2, 27.

4) cap. 8 X de jurejurando 2. 24, cap. 2 in 6to de pact. 1, 18.

5) Das B.G.B. kennt eidliche Bestärkung nichtiger Rechtsgeschäfte nicht. Man wird sie auch auf dem Gebiete der Landesgesetzgebungen und bei Willenserklärungen öffentlichrechtlicher Natur nicht mehr anerkennen.

1) l. 201 D. de R. J. 50, 17 von Javolenus; l. 210 D. eod. Licinnius Rufinus libro 2 regularum: quae ab initio inutilis fuit institutio ex postfacto convalescere non potest. Dann generell l. 29 D. de R. J. 50, 17 Paulus libro 8 ad Sabinum: quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.

2) l. 32 D. de don. int. vir. et u. 24, 1; vgl. ferner l. 17 D. de fundo dotali 23, 5. Es konvalescirt auch Veräußerung und Verpfändung fremder Objekte nachträglich, wenn der Veräußerer später deren Eigenthümer wird. Vgl. B.G.B. § 185 Abs. 2.

2. Ganz singulär ist es, daß Zeitablauf die Nichtigkeit der Veräußerung landwirthschaftlicher Grundstücke Minderjähriger, welche ohne obervormundschaftlichen Konsens geschehen war, heilt.[3]

3. Durch Genehmigung werden nichtige Geschäfte gültig, wenn sie seitens der Betheiligten unter Umständen erfolgt, unter denen sie das Geschäft gültig schließen könnten. Die Genehmigung ist ein selbständiges Geschäft, so daß sie keineswegs an die Formen gebunden ist, welche das genehmigte Geschäft an sich tragen mußte, sofern nur dieses sie eingehalten hat.[4] Sie hat rückwirkende Kraft.[5] Die Rückziehung ist ausgeschlossen, wenn die Nichtigkeit Folge eines Verbotsgesetzes ist, dessen Wirksamkeit durch die Rückziehung in Frage gestellt würde,[6] oder wenn sie durch Verabsäumung der gesetzlichen Form des Geschäftes entstand.[7]

VIII. Behandlung der Rechtsgeschäfte.

§ 123. Auslegung.[1]

Die Auslegung der Rechtsgeschäfte begnügt sich im entwickelten Rechte nicht, wie in früheren Epochen, mit dem Wortsinne. Sie sucht den

3) l. 3 C. si major factus 5, 74.

4) War z. B. eine Ehe nichtig, weil einer der Ehegatten zur Zeit der Eheschließung geschäftsunfähig war und bestätigt er die Ehe nach dem Wegfall seiner Geschäftsunfähigkeit, so bedarf die Bestätigung nach B.G.B. § 1325 nicht der Form der Eheschließung.

5) Windscheid § 83 Ziffer 2 und Lothar Seuffert, Ratihabition S. 117 nennen diese Art der Genehmigung „Bestätigung". Ebenso B.G.B. § 141. Es ist streitig, ob die Genehmigung nichtiger Rechtsgeschäfte rückwirkende Kraft hat oder nicht. Die Absicht des Ratihabenten ist nicht Begründung eines neuen Geschäftes, sondern Bekräftigung des genehmigten. Siehe oben § 84 Anm. 8. Hiernach bestimmen sich jedenfalls die Verpflichtungen, welche er durch das genehmigte Geschäft persönlich übernimmt, vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 229 ff. Eine andere Frage ist, ob auch das Recht das nichtige Geschäft als von vornherein gültig ansieht. Der Logik entspricht dies nicht. Streng genommen ist und bleibt es nach rechtlicher Betrachtung ein Nichts und kann nie etwas werden, streng genommen könnte das Recht also die Rechtswirkungen nur von dem neuen Geschäfte — der Genehmigung — ausgehen lassen. Justinian hat sich jedoch auf so subtile Unterschiede nicht eingelassen. Er giebt der Ratihabition fehlerhafter Geschäfte rückwirkende Kraft. l. 25 C. de don. int. vir. et u. 5, 16, l. 7 pr. C. ad S. C. Macedonianum 4, 28. Dies mochte ihm um so unbedenklicher erscheinen als die Rückziehung nur unbeschadet der Rechte Dritter geschieht. Es war damit eine handliche Formel gewonnen und zugleich ein Resultat, welches dem praktischen Bedürfniß entsprach. So im wesentlichen Windscheid Bd. 1 § 83 Anm. 10, R.G. Bd. 27 S. 163, Entsch. d. oberst. Landesger. f. Bayern Bd. 12 S. 526. Anderer Ansicht namentlich Seuffert a. a. O. S. 122 ff., Zimmermann, stellvertretende negotiorum gestio S. 215. Nach B.G.B. § 141 ist die Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts als erneute Vornahme desselben zu beurtheilen. Doch sind die Parteien, welche einen nichtigen Vertrag bestätigt haben, unter einander so verpflichtet, als wenn derselbe von Anfang an gültig gewesen wäre.

6) Aus diesem Satze erklärt sich die Entscheidung der l. 65 § 1 D. de ritu nuptiarum 23, 2.

7) Diese Beschränkung geht aus der l. 25 C. de don. int. vir. et. u. 5, 16 hervor.

Willen der Betheiligten aus der Gesammtheit der Bestimmungen des Geschäftes und nach dessen erkennbaren Zielen zu ermitteln.[2]

Zu diesem Zwecke hat sich der Interpret Zeit und Ort und Umstände des Geschäftsschlusses zu vergegenwärtigen.

Die Schwierigkeit steigert sich bei zweiseitigen Geschäften. Hier ist festzustellen, worüber die Betheiligten einig geworden sind.[3] Dabei ist der gewöhnliche Sinn, welchen die gebrauchten Worte am Orte der Abfassung haben, zu Grunde zu legen;[4] es sei denn, daß die Betheiligten einen anderen Sprachgebrauch hatten.[5] Der Gebrauch von Geschäftsformularen, welche im Verkehre üblich sind, und deren Sinn feststeht, erleichtert unter Umständen die Aufgabe. Oft liegt dem Interpreten ein ungeklärtes Material vor, da den Betheiligten die Fähigkeit oder die Zeit oder die Sorgsamkeit fehlte, ihren Gedanken Durchbildung und entsprechenden Ausdruck zu geben. Es muß dann der Richter die bestimmenden Gedanken zu entwickeln und durchzuführen suchen.[6]

Erläuterungen der Betheiligten dienen zur authentischen Interpreta-

---

1) Brinz 1. Auflage S. 1572 ff., 2. A. Bd. 4 § 568, Regelsberger bei Endemann, Handelsrecht Bd. 2 S. 386 ff., Leonhard, Irrthum S. 172 ff., Erich Danz, die Auslegung der Rechtsgeschäfte 1897.

2) Dies sprechen die klassischen Juristen oft aus, und zwar für Testamente wie für Verträge. l. 12 D. de R. J. 50, 17; l. 219 D. de V. S. 50, 16. Papinianus libro 2 responsorum. In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit. cum igitur ea lege fundum vectigalem municipes locaverint, ut ad heredem ejus, qui suscepit, pertineret. jus heredum ad legatarium quoque transferri potuit. So auch R.G. Bd. 19 S. 63. Dennoch finden sich Aeußerungen, die scheinbar entgegenstehen. So l. 25 § 1 D. de leg. III Paulus libro 1 ad Neratium. Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio. Paulus meint wohl nichts anderes, als daß man an Geschäften nicht deuteln solle, die wörtlich genommen einen befriedigenden Sinn geben. Schärfer spricht dies Marcellus libro singulari responsorum l. 69 pr. D. eod. aus: Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem. Vgl. R.G. Bd. 9 S. 232, l. 125 D. de V. S. 50, 16. Siehe übrigens auch Gradenwitz, Interpolationen S. 170.

3) Die Auslegung hat bei Verträgen den Sinn festzustellen, der in sie vereinbarterweise hineingelegt wurde und sich in ihnen verkörpert. Behauptet der eine Theil, er habe mit dem Vertrage einen anderen Sinn verbunden, als nach sachgemäßer Auslegung vereinbart erscheint, so kann er dies geltend machen, wenn ein erheblicher, wesentlicher, entschuldbarer Irrthum stattfand. Damit treten wir aber in ein anderes Gebiet, als dasjenige der Auslegung ist. Es ist nicht Auslegungsregel und auch nicht richtig, wie man behauptet hat, der Sinn einer Erklärung bei Vertragsunterhandlungen sei derjenige, welchen der andere Kontrahent in ihm finden mußte. Vgl. dagegen Windscheid Bd. 1 § 84 Anm. 11.

4) Wächter im Archiv für civ. Praxis Bd. 19 S. 114.

5) Bei Geschäften, die von Bevollmächtigten, Notarien, Gerichten redigirt sind, ist deren Sprachgebrauch maßgebend.

6) In diesem Sinne ist es aufzufassen, wenn das R.O.H.G. Bd. 22 S. 271 bemerkt, „was die Interessenten für einen von ihnen nicht vorgesehenen Fall nach den Zwecken ihres Geschäftes und der herrschenden Auffassung gewollt haben würden, das ist in Wahrheit ihr Wille".

tion des Geschäftes, mögen sie vor oder nach dem Geschäftsschlusse abgegeben sein. Bei letztwilligen Verfügungen sind die Erläuterungen des Erblassers maßgebend;[7] bei zweiseitigen Geschäften muß Einverständniß über die Erläuterung obgewaltet haben,[8] die man für uns anrufen will. Langjährige gleichförmige Uebung gilt als Erläuterung der Geschäftsabsicht, vorausgesetzt daß sie nicht nachweisbar auf Irrthum, Geschäftskulanz oder ähnlichen Motiven beruht.[9]

Eine Auslegungsregel, mit welcher die römischen Juristen vielfach operiren, ist: jedes Wort genau zu beachten und nichts als überflüssig anzusehen.[10] Sie ist zutreffend, wo eine sorgsame Redaktion der Geschäftsbedingungen vorauszusetzen ist, z. B. bei Statuten von Aktiengesellschaften, bei Versicherungsbedingungen. Es muß aber zu Mißgriffen führen, wenn ein prägnanter Sinn auch da gesucht wird, wo Ungeschick und Unklarheit der Redaktion zu Tage treten. Im Zweifel ist die geringere Belastung und Verpflichtung anzunehmen; eine Verbindlichkeit ist nur anzuerkennen, soweit sie nachweisbar ist.[11]

§ 124. Beurtheilung nach Redlichkeit und Recht.

Die Rechtsgeschäfte stehen unter der Herrschaft der Redlichkeit — der bona fides. Diese verlangt Festhalten am Vereinbarten, sie fordert aber auch eine Deutung, wonach das Festhalten nicht für den einen Theil zum Fallstrick wird.[1]

1. Hieraus erklärt sich die Regel, daß *dunkele und zweideutige Bestimmungen* eines Vertrages dem schaden, welcher ihn *redigirt* hat, wenn anzunehmen ist, daß sie der andere Theil nicht vollständig übersah. Die Rechtsquellen wenden diese Regel vorzugsweise gegen Verkäufer und Vermiether an,[2] neuere Entscheidungen auf die for-

---

7) l. 21 § 1 D. qui test. facere 28, 1, l. 96 D. de R. J. 50, 17.

8) Vgl. oben § 98 S. 223.

9) R.G. Bd. 2 S. 51, R.O.H.G. Bd. 9 S. 386.

10) Vgl. oben § 107 Anm. 4.

11) l. 34 in fine D. de R. J. 50, 17, l. 9 D. eod.

1) Die römischen Quellen sprechen dies für bonae fidei negotia aus. l. 7 § 1 am Ende D. de resc. vend. 18. 5. Paulus libro 5 quaestionum . . . vix bonae fidei convenire eo pacto stari, quod alteri captiosum sit, et maxime, si justo errore sit deceptus, ähnlich l. 22 C. de locato 4, 65, vgl. Birkmeyer, Exceptionen 1874 S. 146 ff., R.O.H.G. Bd. 10 S. 11 ff. Nach heutigem Rechte haben alle Rechtsgeschäfte den Charakter von bonae fidei negotia. abgesehen von Wechselschulden. Vgl. unten § 131 Ziff. II. Vgl. B.G.B. § 157: „Verträge sind so auszulegen wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern".

2) l. 39 D. de pactis 2, 14. Papinianus libro 5 quaestionum. Veteribus placet pactionem obscuram vel ambiguam venditori et qui locavit nocere, in

mularmäßigen Bedingungen von Versicherungs- und Transportanstalten.[3] Ebenso sind die von den Arbeitgebern, z. B. in Fabriken, Bergwerken allgemein aufgestellten Arbeitsbedingungen zu behandeln.

Im allgemeinen aber ist unklar Gefaßtes so auszulegen, wie es der Natur des betreffenden Geschäftes und den Zwecken, welche die Parteien mit demselben ersichtlich verfolgten, am besten entspricht.[4]

2. Die einzelnen Festsetzungen des Geschäfts sind unter Umständen zwar nicht verträglich mit dem Namen, welchen ihm die Betheiligten beilegen, genügen aber für den Thatbestand eines anderen Geschäftes, an das sie zunächst nicht dachten. Dann hat sie der Richter unter den entsprechenden rechtlichen Gesichtspunkt zu bringen. Man bezeichnet dies meist als Konversion des Rechtsgeschäftes. In der That handelt es sich aber um Erhaltung, nicht um Umwandlung des Geschäftes.[5] [6]

3. Gültiges ist vom Ungültigen zu trennen — utile per inutile non vitiatur.[7] Eine derartige Scheidung ist aber unzulässig,

---

quorum fuit potestate legem apertius conscribere. l. 33 D. de contr. empt. 18, 1, l. 77 D. eod. Das Gleiche nahm Celsus bei Stipulationen an. l. 26 D. de rebus dubiis 34, 5, l. 99 pr. D. de verb. obl. 45, 1.

3) R.O.H.G. Bd. 14 S. 437, R.G. Bd. 10 S. 160, Bd. 18 S. 143. Dies hat auch unter der Herrschaft des B.G.B. nach § 157 zu gelten.

4) l. 67 D. de R. J. 50, 17. Julianus libro 87 digestorum. Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quae rei gerendae aptior est. l. 21 § 1 D. de rebus dubiis 34, 5, l. 80 D. de verb. obl. 45, 1.

5) Ebenso B.G.B. § 140. Regelsberger lehrt Bd. 1 § 135: Der handelnde Rechtjurist will die zur Verwirklichung seines praktischen Zwecks bestmöglichen Mittel des zutreffenden Rechts. Ist dies richtig, wie auch wir annehmen, so ist es unrichtig, wenn Regelsberger Bd. 1 § 176 Anm. 5 die hier entwickelte Anschauung bekämpfend behauptet, „die Konversion verfährt ähnlich wie die analoge Rechtsanwendung, sie handelt nicht gemäß dem Willen, aber im Sinne der Parteien". Die s. g. Konversion verwirklicht ja nur den Willen des Handelnden, das bestmögliche Mittel des zutreffenden Rechtes zu finden. Die analoge Anwendung von Rechtsnormen ist nothwendig, weil eine Rechtsnorm in jedem Fall gefunden werden muß, analoge Anwendung rechtsgeschäftlicher Erklärungen aber durchaus unzulässig.

6) Beispiele solcher Konversion des Namens des Geschäftes, nicht des Geschäftes selbst geben l. 5 pr. D. de resc. vend. 18, 5, l. 8 pr., l. 19 pr. D. de acceptil. 46, 4 und andererseits l. 1 § 2 D. de verb. obl. 45. 1, l. 1 § 4 D. de pecunia constituta 13, 5. R.G. Bd. 31 S. 34. Vgl. Römer, Konversion der Rechtsgeschäfte im Archiv f. civ. Praxis Bd. 36 n. 4. Eine Konversion des Geschäftes der Sache nach findet sich, wenn einem Betheiligten das Recht gegeben ist, das Geschäft durch seinen Entschluß umzuwandeln, z. B. der Miether wird berechtigt, die Miethe nach Belieben in ein Kaufgeschäft zu verwandeln. Es gehört hierher auch die Kodicillarklausel, wonach der Testamentserbe seine Erbeseinsetzung in die Zuwendung eines Universalfideikommisses umwandeln darf.

7) l. 1 § 5 D. de verb. obl. 45, 1. vgl. aber l. 7 § 1 D. de receptis 4, 8. Römische Beispiele der Regel sind folgende: Zinsversprechen, welche das gesetzliche Zinsmaximum überschritten, waren bis zum Belaufe der gesetzlichen Zinsen gültig, Zahlungsversprechen — constitutum — einer Schuld über das Maß der Schuld hinaus haben bis zu deren Belauf Geltung. l. 11 § 1 D. de pecunia constituta

wenn ihr Ergebniß der Vertragsabsicht[8] oder der Intention von Verbotsgesetzen widerspräche.[9] [10]

4. Die Erhaltung letztwilliger Verfügungen,[11] der Dos,[12] der Freiheit — causae favorabiles — gilt nach den Quellen als besonders anzustreben.

Fünfter Abschnitt.

Der Rechtsschutz.

Erstes Kapitel.

Selbsthülfe und Rechtshülfe.

§ 125. Selbsthülfe.[1]

1. Die Privatrechte werden in unzähligen Fällen freiwillig verwirklicht. Häufig aber finden sie Widerstand, den sie zu überwinden haben. Hier begegnet sich das Privatrecht mit dem öffentlichen Rechte, welches ihm Rechtshülfe gewährt, dagegen die Selbsthülfe zurückdrängt.[2]

13, 5. Dagegen war eine fidejussio, durch welche mehr als die Hauptschuld versprochen wurde, gemäß strikten Rechtes in Rom ganz ungültig. Nicht insinuirte Schenkungen über 500 solidi waren über diesen Betrag hinaus nichtig, bis zu diesem Betrage gültig. Vermächtnisse, welche die Falcidische Quart überschritten, wurden reducirt.

8) Sie ergiebt sich aus den Zwecken des Geschäfts. Man kauft z. B. einen Bauplatz mit einem ihn durchschneidenden öffentlichen Wege, dessen Verlegung man zu erreichen hofft. Es gelingt nicht, diese Verlegung zu erwirken, der Kauf ist ganz unwirksam.

9) Nach dem Reichsgesetze vom 24. Mai 1880 und B.G.B. § 138 Abs. 2 sind wucherische Geschäfte im Ganzen nichtig, also keineswegs bloß auf den Betrag der übermäßigen Vortheile, welche sich der Gläubiger ausbedungen hat.

10) B.G.B. § 139 dreht die Regel um. Das Ergebniß ist in der Mehrzahl der Fälle kein anderes als nach römischem Recht.

11) l. 12 D. de R. J. 50, 17, l. 24 D. de rebus dubiis 34, 5, l. 12 § 2 D. de usu 7, 8, B.G.B. § 2084.

12) l. 85 pr. D. de R. J. 50, 17, l. 2, l. 70 D. de jure dotium 23, 3.

1) Linde in seiner Zeitschrift Bd. 1 n. 21; Bensey, rhein. Museum Bd. 7 n. 1; Sartorius in Lindes Zeitschrift Bd. 20 n. 1; Schmitt, die Selbsthülfe 1868; Wendt, Faustrecht in Iherings Jahrbüchern Bd. 21 n. 2; Bähr ebenda Bd. 26 S. 257; Bücking, über die strafrechtliche Bedeutung der Selbsthülfe, Gött. Inaug.Diss. 1892. Vgl. auch Liszt, die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht bei Bekker und Fischer Beiträge zum Entwurf n. 5.

2) Die zwangsweise Durchführung des Rechtes geschieht auf älteren Kulturstufen vorzugsweise durch Selbsthülfe, die jedoch mehr und mehr unter staatliche Kontrole gestellt wird. Erst der entwickelte Staat stellt seine Rechtshülfe an die Stelle der

Selbsthülfe ist Verwirklichung eines Rechtes gegen Widerstand mittels Veranstaltungen des Berechtigten ohne Inanspruchnahme der Obrigkeit.

Die Anwendung der Selbsthülfe liegt nahe, wenn man in einem Rechte gekränkt wird, von dessen Bestehen man überzeugt ist. Denn sie erscheint als die raschesste und wirksamste Weise, dem Unrecht zu begegnen. Dennoch ist der Staat genöthigt, ihr enge Grenzen zu ziehen. Knüpfen sich doch an die Selbsthülfe leicht Ausschreitungen von beiden Seiten. Auch könnte sich unter dem Vorwande der Selbsthülfe Willkür und Gewalt üppig entwickeln. Die Beschränkung der Selbsthülfe läßt sich aber nicht anders durchführen als durch öffentliche oder auch private Strafen. So entsteht leicht die tragische Folge, daß dem Strafgesetze verfällt, wer nur sein gutes Recht durchführen wollte.

2. Die Selbsthülfe ist entweder Selbstvertheidigung oder Selbstbefriedigung.

Selbstvertheidigung ist Aufrechterhaltung bestehender Zustände gegen Antastungen Anderer durch eigene Kraft. Hauptfall ist Widerstand gegen Besitzstörungen.

Selbstbefriedigung ist die eigenmächtige *Herstellung* eines unserem Rechte entsprechenden Zustandes. Insbesondere ist die Verwirklichung von Forderungen z. B. durch Wegnehmen der Schuldobjekte Selbstbefriedigung.

In der Regel ist *Selbstvertheidigung berechtigt*,[3] *Selbstbefriedigung aber nicht berechtigt.*

Doch ist auch Selbstbefriedigung im *Nothstand* berechtigt, d. h. dann, wenn die Hülfe der Obrigkeit zu spät kommen würde, [um unwiederbringlichen Schaden von uns abzuwenden.[4]

Selbsthülfe. Vgl. Lothar Seuffert: Recht, Klage, Zwangsvollstreckung in Grünhuts Zeitschrift Bd. 12 S. 617.

3) l. 1 C. unde vi 8, 4. Diocletianus et Maximianus. Recte possidenti ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatae tutelae moderatione illatam vim propulsare licet. Vgl. l. 3 D. de just. et jure 1, 1. l. 4 D. ad legem Aquiliam 9, 2, l. 1 § 27 D. de vi 43, 16. Vgl. B.G.B. § 859 Abs. 1. Der juristische Besitzer ist befugt, denjenigen, welcher für ihn besitzt, eigenmächtig aus seiner Sache herauszusetzen. Nach römischem Rechte hatte dieses Recht auch der Vermiether und Verpächter gegenüber dem *Miether* und *Pächter*. Das Reichsgericht in Strafsachen — Bd. 9 S. 58 — erachtete dies aber nach gemeinem Recht nicht mehr für berechtigt. Es bestrafte daher den Vermiether wegen Nöthigung, welcher, um den Miether nach der Kündigung zum Ausziehen zu zwingen, Thüren und Fenster der Miethwohnung aushob. Nach B.G.B. § 868 ist der Miether und Pächter als „unmittelbarer Besitzer" gegen den Vermiether und Verpächter geschützt. Nach B.G.B. §§ 227, 228 ist zulässig Nothwehr, sowie Zerstörung oder Beschädigung uns oder andere bedrohender Sachen.

4) l. 10 § 16 D. quae in fraudem creditorum 42, 8, z. B. durch Wegnahme

Selbstbefriedigung ist ferner zulässig, wenn sie vertragsmäßig erlaubt wurde, sofern sie sich in den Grenzen der Vereinbarung hält.[5][6]

3. Unberechtigter Selbsthülfe trat in Rom die öffentliche Strafe des crimen vis entgegen.[7] Hieran schlossen sich Privatstrafen:

a) Nach einem decretum divi Marci verlor der Gläubiger, welcher eine eigenmächtige Privatpfändung gegenüber seinem Schuldner vornahm, sein Forderungsrecht.[8] Dies dehnte man auf Fälle aus, in welchen der Gläubiger sonst eigenmächtig Zahlung erzwang. Es war nicht nothwendig, daß diese Eigenmacht in Gewalt bestand.

b) Nach der l. 7 C. unde vi 8, 4 vom Jahre 389 hatte der Eigenthümer, welcher mit Gewalt den Besitzer verdrängte, diesem die Sache zurückzugeben und verlor sein Eigenthum. War er Nichteigenthümer, so hatte er außer der Sache deren Werth zu erstatten.

Schon dem gemeinen Rechte sind die römischen öffentlichen und privaten Strafen der Selbsthülfe fremd geworden;[9] jetzt sind sie zweifellos beseitigt.

---

von Sachen, Festhaltung des Verpflichteten. Ebenso B.G.B. § 229 mit Kautelen. Ueber den Nothstand überhaupt vgl. unten Bd. 2 § 131, von Tuhr, Nothstand 1888.

5) l. 3 C. de pignoribus 8. 13. Severus et Antoninus. Creditores. qui non reddita sibi pecunia conventionis legem ingressi possessionem exercent, vim quidem facere non videntur, attamen auctoritate praesidis possessionem adipisci debent; siehe Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 327 ff., Wendt a. a. O. S. 227, S. 244. Vgl. hierzu auch R.G. in Strafsachen Bd. 7 S. 63.

6) Erlaubt ist auch die Einschließung der Miethsachen in der Miethwohnung, solange der Miether seinen Verpflichtungen aus der Miethe nicht vollständig Genüge geleistet hat, l. 9 D. in quibus causis pignus 20. 2. Vgl. B.G.B. § 561 Abs. 1.

7) l. 5, l. 8 D. ad legem Juliam de vi privata 48. 7, vgl. über das crimen vis Rein, Kriminalrecht der Römer S. 732 und dort Angeführte.

8) l. 7 D. ad legem Juliam de vi privata 48, 7. Callistratus libro 5 de cognitionibus. Creditores si adversus debitores suos agant, per judicem id, quod deberi sibi putant, reposcere debent: alioquin si in rem debitoris sui intraverint, id nullo concedente, divus Marcus decrevit jus crediti eos non habere. Verba decreti haec sunt. „Optimum est, ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris: interim ille in possessione debet morari, tu petitor es.“ et cum Marcianus diceret „vim nullam feci“: Caesar dixit „tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? vis est et tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit; non puto autem nec verecundiae nec dignitati nec pietati tuae convenire, quicquam non jure facere. quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo judice temere possidere, eumque sibi jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit.“ Vgl. hierzu dieselbe Stelle mit mehrfachen Interpolationen in l. 13 D. quod metus causa 4, 2, siehe ferner l. 12 § 2 D. eod.

9) Vor Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuches nahm die Theorie überwiegend an, daß die römischen Privatstrafen wegen Selbsthülfe in Deutschland Geltung hätten. Auch der Praxis waren sie nicht fremd, doch war ihre praktische Anerkennung keineswegs eine allgemeine. Seit dem Strafgesetzbuche sind sie außer Geltung. Angesehene Schriftsteller, wie Windscheid Bd. 1 § 123 Anm. 4a haben sich gegen ihre weitere Anwendbarkeit ausgesprochen. Das R.G. Bd. 11 S. 244, Bd. 18 S. 218 ist ihnen beigetreten. Allerdings sind die Gründe, welche sie anführen, vom theoretischen Stand-

4. Selbsthülfe an sich ist nicht mehr strafbar. Allein die Mittel der Selbsthülfe können strafbare Vergehen bilden. Ein Vergehen ist namentlich widerrechtliche Nöthigung eines Anderen durch Gewalt zu einer Handlung oder Unterlassung.[10] Daß man zum Zweck der Verwirklichung seines Rechtes in solcher Weise vorging, hebt allein die Widerrechtlichkeit nicht auf, wohl aber, daß man sich in den Grenzen gesetzlich berechtigter Selbsthülfe hält, z. B. bei der Vertheidigung seines Besitzes.[11]

Ebenso macht Sachbeschädigung, wenn sie behufs berechtigter Selbsthülfe geschah, civilrechtlich und strafrechtlich nicht verantwortlich.[12] Auch gegenüber der Anklage wegen Hausfriedensbruches und anderer Vergehen giebt berechtigte Selbhülfe einen Vertheidigungsgrund.[13]

§ 126. Rechtshülfe.[1]

1. Die Selbsthülfe ist nur in beschränktem Maße zulässig. Auch hat nicht Jeder zu ihr die Kraft, nicht Jeder die Neigung. Das Privatrecht bedarf daher der Hülfe des Staates.

So kommt es zu einem eigenthümlichen Zusammenwirken des privaten und des öffentlichen Rechtes.

Das primäre ist hierbei das Privatrecht. Es müssen schutzbedürftige privatrechtliche Berechtigungen oder doch Interessen bestehen; die be-

---

punkte aus bestritten, vgl. Brinz 2. Aufl. Bd. 1 S. 268, Thon, Rechtsnorm S. 33, Binding, Handbuch des Strafrechts Bd. 1 S. 318. S. 330, aber für die Praxis war damit eine Handhabe gegeben, um von jenen Privatstrafen fortan vollends abzusehen. Hierfür auch Regelsberger Bd. 1 § 190 Anm. 8, Gierke, deutsch. Privatr. Bd. 1 § 39 Anm. 8.

10) Strafgesetzbuch § 240.

11) Ja es genügt, daß man in Folge thatsächlichen Irrthums annahm, innerhalb dieser Grenzen zu handeln. R.G. in Strafsachen Bd. 16 S. 150.

12) l. 4 pr. D. ad legem Aquiliam 9, 2, l. 29 § 3, l. 49 § 1 D. eod., l. 7 § 4 D. quod vi aut clam 43, 24, l. 3 § 7 D. de incendio 47, 9, l. 14 pr. D. de praescr. verb. 19, 5. Pernice, Sachbeschädigung S. 34 ff. R.G. Bd. 5 S. 161.

13) Kann unberechtigte Selbsthülfe als Diebstahl oder Unterschlagung bestraft werden? Das Strafgesetzbuch setzt im § 242 fest: wer eine fremde bewegliche Sache einem Andern in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, wird wegen Diebstahls bestraft; entsprechend bestimmt es im § 246 die Unterschlagung. Hiernach hat R.G. für Strafsachen Bd. 1 S. 193 unberechtigte Wegnahme von Zahlungsmitteln behufs Tilgung einer Forderung als Diebstahl aufgefaßt, vgl. freilich auch R.G. Bd. 2 S. 184. Dem Wortlaute des Strafgesetzbuches mag dies entsprechen. Aber der Begriff der Vergehen des Diebstahls und der Unterschlagung kann nicht allein aus den Worten des Gesetzes entnommen werden. Die historische Entwickelung, die volksthümliche Auffassung muß bei der Auslegung in das Gewicht fallen. Eine „diebische" Absicht muß vorhanden sein, wenn ein Diebstahl angenommen werden soll. Wer nur Selbsthülfe beabsichtigt, hat sie nicht.

1) Fischer, Recht und Rechtsschutz in s. u. Bekkers Beitr. z. Entwurf n. 6.

theiligten Privaten müssen zu deren Wahrung thätig sein und die hierzu nöthigen Anträge stellen.

Der Staat tritt, wenn er sich von deren Berechtigung überzeugt hat, mit den Machtmitteln des öffentlichen Rechtes, mit seiner Zwangsvollstreckung ein.

Nicht richtig ist die Vorstellung, daß das Privatrecht die Befugniß zur Pfändung der Vermögensobjekte des Schuldners, zur Wegnahme geschuldeter Sachen und zu anderen Zwangsvollstreckungsmitteln gebe, daß aber der Private bei der Ausübung der Vollstreckung an die Mitwirkung der Gerichte und der Organe derselben gebunden sei. Hiernach würde der Staat seine Beamten dem Dienste der Privaten bereitstellen, der Antrag der Privaten wäre Auftrag, die Beamten wären Vertreter der Parteien.[2]

Es ist wichtig, scharf zu unterscheiden. Der Staat hat ein selbständiges Interesse bei der Verwirklichung der einzelnen Privatrechte nicht. Für ihn ist gleichgültig, ob eine Sache in der Hand des A. oder des B. ist, ob der D. ein Darlehen rechtzeitig zurückzahlt oder nicht. Nur darin besteht das öffentliche Interesse, daß Jedem sein Recht zu Theil wird, wenn er es verlangt. Denn hierauf beruht das geordnete Zusammenleben in der Gesellschaft.

Um deswillen ist das öffentliche Recht und die öffentliche Pflicht des Staates zur Verwirklichung der Privatrechte von der Bedingung der Parteithätigkeit abhängig. Es bedarf eines Antrages, damit sich das Gericht in Bewegung setzt; wird der Antrag zurückgezogen, so erledigt sich damit das Verfahren. Aber der Richter und seine Organe vollziehen öffentlichrechtliche Funktionen, wenn sie in Folge der Parteianträge thätig werden. Sie erhalten ihren Auftrag vom Staate; sie dienen ihm, wenn sie den Anträgen der Parteien gerecht werden.[3]

---

2) Diese Auffassungen haben grundsätzliche Vertretung bei A. S. Schultze, Privatrecht und Prozeß S. 64 gefunden. Auf demselben Standpunkte stehen die Schriftsteller, welche annehmen, daß der Richter bei der nothwendigen Subhastation, d. h. der öffentlichen Versteigerung von Immobilien im Wege der Zwangsvollstreckung, Vertreter des Gläubigers oder auch des Schuldners sei. Vgl. aber auch Lothar Seuffert in Grünhuts Zeitschrift Bd. 12 S. 616.

3) Der Gegensatz der Auffassung zeigt sich praktisch bei der Frage, ob der Richter, welcher sich bei Durchführung einer Zwangsvollstreckung eine Nachlässigkeit zu Schulden kommen läßt, dem beschädigten Gläubiger unmittelbar mit der Mandatsklage haftet oder nur in Folge der Syndikatsklage, d. h. der Klage wegen Amtsvergehens, welche voraussetzt, daß von anderer Seite Ersatz nicht zu erlangen ist. Ist die Mandatsklage gegen den Richter nicht begründet, — und wir behaupten, daß sie im praktischen Leben Niemand als zulässig erachten würde, — so rechtfertigt dies den Schluß, daß dem geltenden Rechte die Auffassung von A. S. Schultze fern liegt, wie sie auch theoretisch unhaltbar ist. — Zweifelhaft ist aber die Sache beim Gerichtsvollzieher. Nach der C.P.O. § 753 geschieht die Zwangsvollstreckung durch Gerichts-

2. Mit der staatlichen Hülfe in bürgerlichen Rechtssachen sind die Gerichte betraut.[4] Das Verfahren vor diesen nennt man Rechtsweg.[5]

Bürgerliche Rechtssachen — Justizsachen — entspringen aus privatrechtlichen Verhältnissen. Auch Verhältnisse des öffentlichen Rechtes haben oft eine privatrechtliche Seite und bilden insoweit Justizsachen.[6] Beispielsweise sind die vermögensrechtlichen Ansprüche der Staatsbeamten an den Staat Justizsachen, obgleich das Verhältniß des Staates zu seinen Beamten an und für sich öffentlichrechtlicher Natur ist.[7]

3. Das öffentliche Recht bestimmt in zwingender Weise, vor wem die Parteien Recht zu nehmen haben. Abweichende Vereinbarungen derselben über den Rechtsweg sind nur in beschränkter Weise zulässig.[8] Unstatthaft ist es insbesondere, eine der betheiligten Parteien selbst zum Richter über die Streitsache zu machen — nemo judex in propria causa.[9] [10]

4. Das Recht auf Justiz steht jedem Bürger zu, es ist das wichtigste subjektive öffentliche Recht des Einzelnen, das einzige Grundrecht, welches die deutsche Reichsverfassung in ihrem Art. 77 dem Deutschen gewähr-

---

vollzieher im „Auftrage" des Gläubigers. Die Motive der C.P.O. S. 411 heben hervor: „aus der Selbständigkeit ihrer Stellung dem Gerichte gegenüber folgt ihre Stellung als Beauftragte der Gläubiger, welche ihre Thätigkeit in Anspruch nehmen". Das R.G. hat Bd. 16 S. 396, 404 mittels Plenarbeschlusses angenommen, daß der Gerichtsvollzieher eine Doppelstellung habe, daß er zugleich öffentlicher Beamter und Mandatar der betreibenden Partei sei. Als Mandatar sei er der Partei kontraktlich und nicht bloß subsidiär wegen Verschuldung haftbar. Vgl. R.G. Bd. 17 S. 332, v. Welck, rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers Gruchot Bd. 36 n. 15, Jellinek, System d. subjekt. öff. Rechte S. 238.

4) Deutsches Gerichtsverfassungsgesetz § 13. Doch sind nach Einführungsgesetz zur C.P.O. § 15 Ziff. 1 unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften über die Einstellung des Prozeßverfahrens für den Fall, daß ein Kompetenzkonflikt zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten entsteht. In Preußen besteht hierfür der Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte.

5) „Recht" ist alte Bezeichnung für Gericht. Daher auch „rechtshängig" für bei Gericht anhängig.

6) Bezüglich des Verhältnisses der Justiz zur Staatsverwaltung giebt ein reiches Material Pfeiffer, Praktische Ausführungen Bd. 3 S. 179–636.

7) Nach G.V.G. § 9 darf der Rechtsweg wegen vermögensrechtlicher Ansprüche der Richter aus ihrem Dienstverhältnisse nicht ausgeschlossen werden.

8) Unter Anderem sind Schiedsverträge gültig, vgl. C.P.O. § 1025 ff., unten §§ 165, 166.

9) Der Vertrag einer Staatsbehörde mit einem Privaten, wonach in Streitfällen die Behörde unter Ausschluß des Rechtsweges entscheiden soll, ist daher unverbindlich. Ungültig ist auch die Bestimmung eines Gesellschaftsvertrages, daß über die Ausschließung eines Gesellschafters die Mehrheit der übrigen unter Ausschluß des Rechtsweges entscheiden soll, R.O.H.G. Bd. 21 S. 84.

10) Vereinbarungen, wonach man auf die Klagbarkeit eines Rechtes verzichtet, sind gültig. l. 22, l. 32 D. de pactis 2, 14.

leistet. Auf diesem Grundrecht fußt er, wenn er vom Richter sein Recht verlangt, nicht als Gnade und Willkür, sondern als ein „Muß“.[11]

Zweites Kapitel.

Die Klagerechte.

§ 127. Begriff des Klagerechtes.[1]

1. Klage — actio — ist die gerichtliche Handlung, durch welche man ein Prozeßverfahren und ein richterliches Urtheil herausfordert. Sie bildet einen Angriff des Klägers gegen den Beklagten.

2. Klagerecht — gleichfalls actio genannt — hat eine doppelte Bedeutung: eine prozessualische, dem öffentlichen Rechte zugehörige, und eine privatrechtliche.[2] *Prozessualisch* hat ein *Klagerecht*, wer das Bestehen einer klagbaren Befugniß *behauptet*;[3] er kann Justiz über seinen angeblichen Rechtsanspruch verlangen. *Klagerecht im privatrechtlichen Sinne* ist das *Recht des Klägers auf ein ihm günstiges Urtheil* gegenüber dem Beklagten.[4] Der Kläger muß die Befugniß haben, welche er durch Klage geltend macht. Nur die privatrechtliche Seite des Klagerechtes ist hier zu besprechen.

3. Das Klagerecht setzt in der Regel ein *schutzbedürftiges Recht* voraus, also

a) ein *Recht*, welches der Klage zu Grunde liegt. Es giebt jedoch

---

11) Für Regelsberger dagegen Bd. 1 § 191 ist dies Recht ein problematisches „publicistisches Ding“. Nach ihm „darf man nicht von einem besonderen Recht des Einzelnen gegen den Staat auf Rechtsschutz, von einem publicistischen Klagerecht (Laband) oder einem Rechtsschutzanspruch (Wach) sprechen“. Damit fällt aber das Recht.

1) Die historische Seite des Aktionenrechtes haben dargestellt: Keller, Civilprozeß und die Aktionen 1. Ausg. 1852, 6. Ausgabe bearb. von Wach 1883; ferner Bekker, die Aktionen des röm. Privatr., 2 Bde. 1871 ff. Die dogmat. Seite wird vorzugsweise berücksichtigt von: Savigny Bd. 5 §§ 204 ff.; Wächter, Württ. Pr. Recht Bd. 2 S. 411 ff. und Erörterungen Heft 3; Windscheid, die actio des röm. Civilr. 1856. Praktische Gesichtspunkte verfolgt Kroll, Klage u. Einrede nach deutsch. Recht 1884.

2) Vgl. Degenkolb, Einlassungszwang und Urtheilsnorm 1877 S. 9 ff.

3) Hiernach versprachen die Prätoren im späteren Edictsstil Klagen „si dicetur“, z. B. l. 1 § 1 D. de dolo malo 4/3: quae dolo malo facta esse dicentur, . . . judicium dabo.

4) Diesen Sinn legt die berühmte Definition der actio in der l. 51 D. de obl. et act. 44, 7 zu Grunde: Celsus libro 3 digestorum: Nihil aliud est actio, quam jus quod sibi debeatur, judicio persequendi. Vgl. Wlassak in Paulys Realencyklopädie, Wort: actio.

Fälle, in welchen die bloße Gefahr, daß sich Unrecht einbürgert, eine Klage hervorruft; [5]

b) das Bedürfniß eines Schutzes wegen Nichtbefriedigung eines Rechtes oder wegen Gefährdung des Rechtszustandes.

Wegen Nichtbefriedigung erwächst eine Klage auf Erfüllung, wenn einem fälligen Recht nicht Genüge geleistet wird. Nicht erforderlich ist, daß die Nichtbefriedigung eine absichtliche oder auch nur eine schuldhafte ist; denn dem Rechte muß ohne Rücksicht auf die Meinung des Verpflichteten Verwirklichung werden. Auch eine vorhergehende Mahnung wird nicht verlangt; denn ein solches Erforderniß würde unerwünschte Weitläufigkeiten und Kosten verursachen.

Häufig bezeichnet man als Klagevoraussetzung statt Nichtbefriedigung „Rechtsverletzung". Das ist anschaulich, auch vielfach zutreffend, aber nicht genau und kann zu dem Mißverständniß führen, als sei ein subjektives Unrecht des Beklagten zur Klage gefordert, was zweifellos nicht der Fall ist. [6]

Wegen Gefährdung kann eine Klage auf richterliche Feststellung des Rechtszustandes angestellt werden, wenn die Gefahr vorliegt, daß sonst eine Verdunkelung desselben eintritt, und auf Schutzmaßregeln, wenn es sich um eine thatsächliche Gefährdung handelt.

Das heutige Recht gewährt Klagen wegen Gefährdung in weiterem Umfang als das römische.

4. Die Römer bildeten besondere „Klagerechte" — actiones — aus, mittels deren der Kläger seine Rechte zur Geltung brachte. Man fragte nicht so sehr darnach, ob er ein Recht habe, als ob er ein Klagerecht habe, ob eine actio bestehe. Man betrachtete daher in Rom die Klagerechte als besondere und selbständige Befugnisse. Die Juristen entwickelten scharf und bestimmt die Voraussetzungen der actiones. Welche Natur das hinter ihnen stehende Recht habe, wurde zuweilen nur beiläufig, zuweilen gar nicht erörtert.

Gemeinrechtlich gilt, von besonderen Fällen abgesehen, der Satz, daß, wer ein Recht hat, auch befugt ist, dasselbe durch Klage zur Geltung zu bringen. Das Klagerecht ist hiernach nicht mehr etwas Selbständiges, außer dem Rechte Stehendes. Es wohnt dem Rechte inne.

Das Klagerecht bildet eine Eigenschaft des Rechtes, aber das Recht

---

5) Es gehört hierher die negative Feststellungsklage, welche das Nichtbestehen eines vom Gegner beanspruchten Rechtsverhältnisses geltend macht. Sie stützt sich nur auf ein Interesse, nicht auf ein Recht.

6) Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 68, Hölder, Zeitschr. f. C.P. Bd. 22 S. 1.

geht nicht in ihm auf. Es giebt ihm die Gewähr, es iſt das Mittel, welches ſeine zwangsweiſe Verwirklichung vorbereitet. [7]

§ 128. Das römiſche Aktionenſyſtem.

Das römiſche Aktionenſyſtem erhielt ſeine Grundlage durch die Juriſten zur Zeit der legis actiones und gewann reiche Ausbildung in der darauf folgenden Epoche des Formularprozeſſes durch die Edikte der Magiſtrate, insbeſondere der mit der Zivilrechtspflege betrauten Prätoren.

Dies Syſtem hing auf das engſte mit der altrömiſchen Gerichtsverfaſſung zuſammen.

1. Die Magiſtrate hatten nach der altrömiſchen Auffaſſung nicht den Beruf, die privaten Rechtsſtreitigkeiten der Bürger kraft Amtsgewalt zu entſcheiden; vielmehr lag ihnen nur ob, einen judex — Geſchworenenrichter — zur Prüfung und Urtheilsfällung einzuſetzen. Auch zu dieſer Ernennung waren die Magiſtrate nicht ſelbſtändig, ſondern nur auf Grund des Einverſtändniſſes beider Parteien ermächtigt. [1] Aber der Beklagte durfte ſich der Einigung über die Entſcheidung des Streithandels durch einen unparteiiſchen Richter nicht willkürlich entziehen. [2] Sonſt traf ihn — als indefensus — die ſchwere Strafe der Vernichtung ſeiner Vermögensexiſtenz.

Demgemäß zerfiel der ordentliche Prozeß bis gegen Ende der heidniſchen Kaiſerzeit in das Verfahren vor dem Magiſtrat — in jure, [3] und in das vor dem Geſchworenenrichter — in judicio.

---

7) Vgl. Hellmann in Iherings Jahrb. Bd. 31 S. 86. Windſcheid, die actio, will die römiſche „actio“ in den Darſtellungen des gemeinen Rechtes durch „Anſpruch“ erſetzt wiſſen. Hiernach verfährt er in den Pandekten Bd. 1 § 44. Wir können dem nicht nachfolgen. Das Klagerecht iſt auch im heutigen Rechte eine wichtige Seite des Rechtes im ſubjektiven Sinne. Deshalb bedarf es auch heute noch einer beſonderen Betrachtung und Behandlung. Anſpruch und Klagerecht ſind etwas Verſchiedenes, vgl. oben § 39. Auch die Römer haben Anſpruch und Klagerecht unſerer Anſicht nach wohl zu unterſcheiden gewußt. Vgl. das decretum divi Marci l. 7 D. ad legem Juliam 48, 7 si quas tu putas te habere „petitiones“, „actionibus“ experiaris. Vgl. auch Eiſele in Iherings Jahrb. Bd. 31 S. 379.

1) Daher denn „judicio contrahitur“. l. 3 § 11 D. de peculio 15, 1 Ulpianus libro 29 ad edictum. Idem scribit judicati quoque patrem de peculio actione teneri, quod et Marcellus putat, etiam ejus actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati: nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio. ita judicio contrahi, l. 61 D. de judiciis 5. 1; vgl. Bekker, Aktionen Bd. 2 S. 179, Pernice, Parerga II S. 55 in der Savignyzeitſchrift Bd. 5.

2) Daher l. 22 D. de tut. et rat. 27, 3. Paulus libro 13 quaestionum. Defensor tutoris condemnatus non auferet privilegium pupilli: neque enim sponte cum eo pupillus contraxit.

3) Die Anſichten über die Grundgedanken des Formularprozeſſes ſtellt zuſammen und kritiſirt A. S. Schultze, Privatrecht und Prozeß S. 228. Ueber deſſen Auffaſſung

Das Verfahren in jure bezweckte die den Rechten gemäße Verständigung der Prozeßparteien über Person und über Aufgabe des judex und die Sanktion derselben durch den Magistrat. Der dem Kläger ausgehändigte schriftliche prätorische Befehl, welcher zur Zeit des Formularprozesses das Gericht d. h. Person und Aufgabe des Richters feststellte, hieß formula, die zweiseitige Parteierklärung, durch welche die Prozeßparteien das von dem Prätor in der Formel verordnete Gericht annahmen und das Verfahren in jure seinen Abschluß fand, die Litiskontestation.[4] Bestandtheile hatte die formula vier, nämlich einmal häufig eine demonstratio — die Angabe der Prozeßsache, ferner immer eine intentio — Bezeichnung des Rechtsgrundes der Klage, ferner meist eine condemnatio — die Anweisung zu verurtheilen oder loszusprechen, und außerdem in einigen Fällen eine adjudicatio — die Ermächtigung, Eigenthum oder dingliche Rechte zuzutheilen.

Die Verhandlung in judicio geschah auf Grund der Formel. Nach Maßgabe derselben und nach dem Ausfall der Beweise sprach der Richter das Urtheil.[5]

2. In den Edikten der rechtsprechenden Magistrate waren Musterformeln für die actiones verzeichnet, welche dem Kläger gewährt wurden.

a) Die Klagen stammten theils aus dem Civilrechte — actiones civiles — theils aus der Jurisdiktion der Magistrate — actiones honorariae.[6]

b) Man unterschied ferner actiones directae und utiles. Actiones directae sind die ursprünglichen Klagerechte, wie sie das Civilrecht ausgebildet oder der Prätor zunächst ersonnen hatte;[7] actiones

---

vgl. Pernice, Parerga II S. 46 Anm. 3 und L. Seuffert, Zeitschrift für Civilprozeß Bd. 8 S. 198 ff.

4) Hierüber und die Litteratur siehe unten § 153.

5) Gaj. Inst. IV § 39.

6) l. 25 § 2 D. de oblig. et act. 44, 7. Omnes autem actiones aut civiles dicuntur aut honorariae, § 3 J. de act. 4, 6. Die actiones civiles verweisen in der intentio auf das jus civile, z. B. das ex jure Quiritium actoris esse oder das dare oportere, sie hatten formulae in jus conceptae. Die prätorischen Klagen waren höchst mannigfach stilisirt. Sie waren zum Theil in factum, so daß der Prätor den Kondemnationsbefehl nicht an ein Recht, sondern an bestimmte von ihm aufgeführte Thatsachen knüpfte, zum Theil hatten auch sie eine formula in jus concepta, so daß aber der Prätor mehr oder minder wichtige Aenderungen des Civilrechtes durch Fiktionen, Umstellungen oder andere Zusätze traf. Gaj. Inst. IV §§ 45, 46; Keller, Civilprozeß §§ 30 ff.; Bekker, Aktionen Bd. 2 S. 1 ff., aber auch Pokrowsky, die actiones in factum, Zeitschr. der Sav. Stiftg. Rom. A. Bd. 16 S. 7, und hierüber Erman das. Bd. 19 S. 261.

7) Etwas anderes sind die actiones directae im Gegensatze zu den actiones contrariae. Actio directa ist die Hauptklage, d. h. diejenige, welche sich primär aus den Zwecken des bezüglichen Geschäftes ergiebt, z. B. die actio depositi directa auf Rückgabe des Depositums. Actio contraria ist die Gegenklage, welche sich mehr zu-

utiles die nach ihrer Analogie gebildeten Klagen. Die actiones utiles gehören bald zu derselben Species von Rechten, wie die actio directa, z. B. die actio legis Aquiliae utilis wegen solcher Sachbeschädigungen, welche durch die a. directa nicht getroffen wurden, bald begründen sie neue Arten von Rechten, wie z. B. der Fall war, als man gewissen Erbpächtern eine utilis vindicatio gab.

c) Neben die actiones im engeren Sinne traten seit sehr alter Zeit die interdicta. Bei den Interdikten begann das Verfahren mit einem persönlichen Befehl des Prätors an die anwesenden Parteien. Die Interdikte waren entweder prohibitoria oder restitutoria oder exhibitoria. Die prohibitoria — vornehmlich mit der Formel: vim fieri veto — sprachen ein Verbot aus; die restitutoria mit der Formel: restituas enthielten das Gebot der Herausgabe von Objekten; die exhibitoria mit der Formel exhibeas das Gebot eines Vorweisens. Verbot und Gebot wurden bedingt d. h. für den Fall erlassen, daß gewisse Umstände richtig befunden würden.

Der Ungehorsame verfiel in Strafe, zu welcher er sich durch sponsiones anheischig machen mußte. Er konnte außerdem auf Ausführung dessen verklagt werden, was der Prätor von ihm gefordert hatte.[8]

Was war der Grundgedanke des Interdiktsverfahrens? Es handelte sich um Thatbestände, die nicht Recht gaben, nach altrömischer Anschauung zum Theil nicht zu Rechten werden konnten und doch einen Anspruch auf Rechtsschutz an sich trugen. Ihnen verlieh der besondere prätorische Befehl den Rechtscharakter. Das Interdikt in seiner alten Gestalt ist einem Privilegium ähnlich.

Im Laufe der Zeit wurden die Interdikte ohne weiteres formularmäßig ertheilt. Schließlich wurden sie nicht mehr für den Einzelfall ertheilt. Es genügte, daß sie im prätorischen Album verzeichnet waren, damit Klagen aus ihnen entsprangen. Jetzt waren sie einfache Klagerechte. Was ursprünglich wie ein Privilegium verliehen wurde, war jetzt Rechtsnorm.[9]

---

fällig anschließt, z. B. die a. depositi contraria des Depositars gegen den Deponenten wegen Verwendungen.

8) Gaj. Inst. IV §§ 138 ff. Keller, Civilprozeß §§ 84 ff. Adolf Schmidt, das Interdiktenverfahren der Römer 1853. Bekker, Aktionen Bd. 2 S. 51 ff. Ubbelohde, Die Interdikte des röm. R. (Glücks Pand. Serie B. 43, 44). Th. 1 und 2; Th. 3 und 4 handeln von den einzelnen Interdikten.

9) Schmidt a. a. O. S. 304 ff. erachtet jeden Versuch, ein Princip der Abgrenzung des Interdiktengebietes zu entdecken, für vergeblich. Hiergegen Bekker a. a. O. S. 68 und vor allen Pernice, Parerga VI, Sav. Ztschr. Bd. 17 S. 194. Nach ihm waren die Interdikte magistratische Befehle zur Wahrung des gemeinen Friedens, zum Schutze der Gesammtheit. Vgl. auch Pernice, Parerga II, Sav. Ztschr. Bd. 5 S. 34.

3. In der klassischen Kaiserzeit kamen für bestimmte Fälle Klagerechte in Aufnahme, über welche der Magistrat selbständig — ohne Geschworene — unter freiestem Ermessen urtheilte, extraordinariae cognitiones.[10] Die Staatsordnung Diokletians beseitigte die Geschworenenverfassung, so daß fortan die Magistrate persönlich, in Ausnahmsfällen durch Vertreter entschieden.[11] Man drückte dies so aus: alle Prozesse werden im Extraordinarverfahren verhandelt. Das galt aber nur für die Form der Verhandlung; daneben erhielt sich aber das Aktionensystem der klassischen Zeit.

§ 129. Persönliche und dingliche Klagen.

Die oberste Eintheilung der Klagerechte ist in persönliche — actiones in personam — und in dingliche — actiones in rem.[1] Sie wurzelt in der Verschiedenheit der zu Grunde liegenden Rechte.

a) Die persönlichen — die Forderungsklagen[2] — gründen sich auf Rechtsverhältnisse, welche nur die Leistung einer Person bezwecken und mit derselben endigen. In der Regel bestimmt schon der Begründungsakt ein für allemal und namentlich die Person des dereinstigen Beklagten z. B. das Darlehns- oder das Kaufgeschäft. Es giebt aber auch persönliche Klagen, die man in rem scriptae nennt,[3] bei welchen wechselnde Umstände z. B. Besitz die Person des Beklagten bestimmen. Es gehört hierher namentlich die actio quod metus causa gegen Personen, welche etwas in Folge der Erpressung mittelbar erlangt haben, ferner die Theilungsklage und insbesondere die Grenzscheidungsklage. Persönlich sind diese Klagen, weil die Ansprüche aus den zu Grunde liegenden Verhältnissen z. B. der Erpressung erledigt sind, wenn sie ihr Ziel erreicht haben.[4]

b) Dingliche Klagen gründen sich in Rechtsverhältnissen, die

---

10) Hierhin gehörten die Fideikommisse, gesetzliche Alimentenforderungen, Pollicitationen, Gebührenansprüche z. B. der Rechtsanwälte, Makler. Näheres siehe bei Pernice, amtsrechtliches Verfahren in den Festgaben für Beseler 1885 S. 51.

11) Vgl. l. 2 C. de pedaneis judicibus 3, 3 und Pernice a. a. O. S. 77.

1) § 1 J. de actionibus 4, 6. Gaj. Inst. IV § 1.

2) § 1 J. de act. 4, 6. Gaj. Inst. IV § 2.

3) Wenigstens von der actio quod metus causa sagt Ulpian in der l. 9 § 8 D. h. t. 4, 2 „cum autem haec actio in rem sit scripta". Vgl. Kolkmann, die a. in rem scriptae. Inauguraldiss. Göttingen 1888.

4) Für die actio quod metus causa ist dies klar. Ist die abgezwungene Sache restituirt, so ist der Anspruch aus dem Zwang erloschen. Bezüglich der actio finium regundorum spricht sich besonders deutlich Paulus in der l. 1 D. fin. reg. 10, 1 aus; weniger bestimmt ist § 20 J. de act. 4, 6.

einen dauernden Charakter und allgemeinen Bezug haben, so daß sie nicht in einer einmaligen Leistung aufgehen.

Vorzüglich wird die Eigenthumsklage als actio in rem bezeichnet, ferner sind dinglich die Klagen aus dinglichen Rechten an fremden Sachen, insbesondere die Servitutenklagen.

Im weiteren Sinne ist actio in rem jede Klage, die nicht aus einer Obligation[5] entspringt. Vor allem die Erbschaftsklage, ferner Präjudicialklagen, welche Statusrechte zur Anerkennung bringen.[6]

Wesentlich ist, daß das dingliche Klagerecht das zu Grunde liegende Recht nicht erschöpft. Wird z. B. einer Eigenthumsklage durch Herausgabe der vindicirten Sache Genüge geleistet, so besteht selbstverständlich das Eigenthumsrecht fort. Es kann zur Grundlage neuer Klagen werden.

§ 130. Strafklagen. Popularklagen.

1. Eine wichtige Unterart der Forderungsklagen waren in Rom die Strafklagen — actiones poenales.[1] Sie entsprangen aus Delikten, d. h. besonders verpönten schuldhaften Handlungen, und gaben dem Verletzten gegenüber dem Schuldigen Anspruch auf eine private Geldstrafe. Sie hoben sich gegen die Vermögensklagen — actiones quae rem persequuntur — scharf ab.

Diese Strafklagen bildeten eine wesentliche Ergänzung des unvollkommenen öffentlichen Strafrechts der Römer.[2] Ihr Hauptzweck war die Strafe, jedoch war dieser Zweck nicht immer der einzige.

Man hat zu unterscheiden:

a) reine Strafklagen, welche nur den Zweck der Strafe haben. Reine Strafklage war z. B. die actio furti auf das Doppelte oder Vierfache des Gestohlenen.[3] Zur Rückforderung des Gestohlenen stand daneben die rei vindicatio oder die condictio furtiva offen.

b) gemischte Strafklagen verfolgten Strafe und damit

---

5) l. 25 pr. D. de obl. et act. 44, 7, § 1 und § 2 J. de act. 4, 6.

6) § 13 J. de act. 4, 6. Auf Präjudicialklagen jeder Art läßt sich die Aeußerung nicht beziehen.

1) Gaj. Inst. IV §§ 6 ff., §§ 16 ff. J. de act. 4, 6.

2) Oeffentliche Strafe wurde in Rom zuerkannt auf Grund der leges, welche quaestiones publicae — s. g. perpetuae — eingerichtet hatten, z. B. der lex Cornelia de falsis, der lex Julia de adulteriis, in der Kaiserzeit auch auf Grund von extraordinaria crimina, z. B. stellionatus wegen Betrugs, expilatae hereditatis wegen Plünderung eines Nachlasses.

3) Savigny nennt diese Strafklagen „zweiseitige", ein Ausdruck, welcher leicht zu Mißverständnissen führen kann.

zugleich Ersatz. Dahin gehörte die actio legis Aquiliae wegen Sachbeschädigung.

Im heutigen Rechte ist die Stellung der Strafklagen eine andere als in Rom. Hierüber ist im Obligationenrechte zu handeln.[4]

2. Die Römer kannten noch actiones populares, d. h. Strafklagen, welche nicht bloß dem Verletzten, sondern jedem Bürger offen standen, und interdicta popularia, bei welchen gleichfalls jeder Bürger öffentliche Interessen wahren konnte.[5] Sie sind nicht recipirt. Nach heutigem Rechte kann gewöhnlich nur klagen, wer ein eigenes Interesse an der Sache hat.[6]

§ 131. Kondiktionen, bonae fidei judicia.

I. Zwei Kategorien persönlicher Klagen sind eingehend zu betrachten, nämlich die condictiones einerseits,[1] die bonae fidei judicia andererseits. Ihre besondere Gestaltung beruht auf der Entwickelungsgeschichte des römischen Rechtes, aber es treten in ihnen Gegensätze hervor, die dauernder Natur sind und sich unter ganz verschiedenen historischen Verhältnissen Bahn brechen.

1. Condictio, als eine der legis actiones, war die Form der Klagen auf bestimmte Geldsummen oder andere bestimmte Objekte, in Gestalt der Ansage des Klägers an den Beklagten, am 30. Tage zum Nehmen eines judex beim Prätor zu erscheinen.[2] Die Ansage gab der Prozeßart den Namen.

Nach dem Absterben der alten Form blieb der Name für die Klagen, für welche jene Form gegolten hatte. Und zwar gab es zwei Arten:

a) die actio certae pecuniae auf Uebereignung — dare — bestimmter Geldsummen.[3]

---

4) Siehe unten Bd. 2 § 129.

5) Bruns, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 3 S. 341 ff., Paalzow, z. L. v. d. Popularklagen, Berlin 1889, Ubbelohde, bei Glück Buch 43 und 44 Th. 4 S. 529.

6) Gleichwohl giebt es besondere Fälle, in welchen auch heutzutage, ähnlich wie bei der römischen Popularklage, Nichtbetheiligte klagen können, vgl. oben § 56 bezüglich des Entmündigungsverfahrens. Siehe ferner § 6 Abs. 1 des Gesetzes über den Schutz des Gebrauchsmusters vom 1. Juni 1891.

1) Siehe über Kondiktionen Savigny Bd. 5 S. 502 ff.; Bekker, Aktionen Bd. 1 S. 93 ff.; Baron, Abhandlungen aus dem römischen Civilrecht Heft 1; Lenel, edictum perpetuum S. 184 ff.

2) Gaj. Inst. IV §§ 18 und 19. Die condictio war durch eine lex Silia für Klagen auf eine bestimmte Geldsumme, durch eine lex Calpurnia für Klagen auf jede bestimmte Sache eingeführt.

3) Die Formel lautete: si paret Nm Nm Ao Ao X milia dare oportere, judex Nm Nm Ao Ao condemna s. n. p. a. — Gaj. Inst. IV §§ 41, 50.

b) die actio de certa re auf Uebereignung anderer bestimmter Gegenstände. Ihre Musterformel im prätorischen Album lautete auf Getreide — triticum —; deshalb hieß vulgär diese Kondiktion die triticaria.[4]

Diese Klagen waren abstrakt gefaßt, d. h. sie hoben die Schuldgründe nicht besonders hervor.[5] Doch waren durch Civilrecht und Jurisprudenz die Kondiktionsfälle festgestellt, nämlich: Stipulation, Litteralkontrakt, Legat, lex, Uebereignung behufs eines Darlehens oder ohne Rechtsgrund.[6]

Die Kondiktionen traten prozessualischen Weiterungen scharf entgegen. Vor allem schien die Prozeßverzögerung bei der actio certae pecuniae gefährlich. Denn Geldschulden bilden nicht selten eine Kette, der Gläubiger ist oft Schuldner einer anderen Geldschuld gegenüber einem Dritten, eine Zahlungsstockung überträgt sich daher oft in weite Kreise. Daher durfte man bei der Geldkondiktion vom Gegner für den Fall seines Unterliegens eine sponsio tertiae partis fordern, so daß er sein vergebliches Prozessiren mit der Strafe des dritten Theils des Streitobjekts büßte. Im justinianischen Rechte ist dies antiquirt.

Historisch war hiernach condictio der Name für einseitige Forderungsklagen auf bestimmte Objekte.[7]

4) Tit. Dig. 13. 3 de condictione triticaria. Stephanus schol. in Bas. XXIV 8. 7 bei Heimbach III S. 43, Lenel a. a. O. S. 190.

5) Den abstrakten Charakter der condictiones hat namentlich Baron a. a. O. vertheidigt und Lenel a. a. O. S. 187 festgestellt. Es ist aber dabei zu beachten, daß nach dem prätorischen Edikte der Kläger bei der Klageerhebung in jure die Urkunden ediren mußte, auf welche er sich beim judex berufen wollte, l. 1 § 3 D. de edendo 2, 13, und zwar bei Strafe des Ausschlusses, vgl. l. 1 § 5 D. eod. Die Urkunden waren also wahre Klagebeilagen und bezeichneten in der Regel den Schuldgrund im Verfahren in jure. Dies kann vielleicht die Bedenken Buhls in der krit. Vierteljahrsschrift Bd. 24 S. 224 ff. und Bekkers in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 4 S. 92 entkräften. Der abstrakte Charakter der condictio hat hiernach eine andere Bedeutung, als ihm Baron beimißt.

6) Vgl. Bekker a. a. O. S. 112. Eine große Rolle spielt die l. 9 pr. D. de rebus creditis 12. 1. Aus ihr lesen Viele heraus, die „condictio certi" sei eine generelle Klage gewesen, die elektiv mit jeder anderen actio in personam konkurrirte, sobald die Forderung ihrem Inhalte nach auf Geld gerichtet und der Kläger bereit war, die Gefahr des certum auf sich zu nehmen. Keller, Civilprozeß § 88 Anm. 107 und Baron a. a. O. Dagegen Bekker a. a. O. S. 137. Lenel a. a. O. S. 185, Pernice in der Savignyzeitschrift Bd. 13 S. 250 halten l. 9 pr. D. cit. für interpolirt. Dagegen Wendt in Iherings Jahrb. Bd. 32 S. 137. Uebrigens sagt sie nichts anderes, als certi condictio sei jede Klage, durch welche „certum petitur". Damit ist die Frage nicht erledigt, in welchen Fällen die Römer ein certum petere annahmen.

7) Condictio certi war ursprünglich ein Pleonasmus. Erst seit man auch „incertum" kondicirte, konnte diese Zusammenstellung in Gebrauch kommen. In l. 12 D. de novat. 46, 2 stellt Paulus eine condictio incerti der c. certi gegenüber; in l. 28 § 4 D. de jurejurando 12, 2, l. 17 § 2 D. de act. rer. amot. 25, 2 ist die Rede von certum condicere. Aber als technische Bezeichnung für eine Klageart kommt certi condictio nur in der famosen l. 9 pr. D. de reb. cred. 12, 1 vor, vgl. Lenel a. a. O. S. 137.

In der Kaiserzeit aber gewöhnte man sich, einseitige strenge Klagen auf ein incertum als condictiones incerti zu bezeichnen.[8] Damit verließ man die historische Grundlage. Da der Ausdruck eine sachliche Bedeutung nicht hatte, so trat bald völlige Verwilderung des Sprachgebrauchs ein. Condictio wird schließlich oft identisch mit actio in personam[9] und verliert damit das individuelle Gepräge.

Dagegen verwendet der moderne Sprachgebrauch den Ausdruck „Kondiktionen" in einem besonderen Sinne. Man bedient sich seiner zur Bezeichnung außerkontraktlicher persönlicher Klagen wegen eines Vermögensüberganges ohne Rechtsgrund.

2. Klagerechte verschiedener Art erhielten bei der Entwickelung des römischen Rechtes die Eigenthümlichkeit von judicia bonae fidei. Im engeren Sinne waren nach ihrer Formel judicia bonae fidei persönliche Klagen aus zweiseitigen Kontrakten, insbesondere Kauf, Miethe, Mandat, Gesellschaft, ferner aus Pfandkontrakt, Depositum, Kommodat. Auch die Dotalklage, nicht minder die a. familiae erciscundae und communi dividundo, endlich die hereditatis petitio galten als bonae fidei.[10]

Bei diesen Klagen gab der Zusatz „ex fide bona" oder eine ähnliche Wendung dem Richter die Vollmacht, neben dem Wortlaut der Verträge deren Sinn, neben traditionellen Rechtssätzen die konkrete Natur des zu beurtheilenden Rechtsverhältnisses zu beachten und seines Amtes mit geistiger Freiheit zu walten.

Bei der condictio im engeren Sinne war die rasche Beitreibung der Schuld, bei dem judicium bonae fidei die Erledigung nach Redlichkeit und Billigkeit das Hauptziel des Verfahrens.

Beide Gesichtspunkte können praktisch in einen Gegensatz gerathen. Für den Verkehr wird dann bei einigen Verhältnissen die Pünktlichkeit, bei anderen die Billigkeit der Entscheidung von größerer Wichtigkeit

---

8) Hieraus erklärt sich die Definition von Gaj. Inst. IV § 5: appellantur ... in personam actiones, quibus dari fierive oportere intendimus, condictiones. Denn die Klage auf ein certum hatte eine intentio auf dare, die auf incertum eine intentio auf dare facere. Ueber die condictio incerti vgl. auch Pernice, Labeo Bd. 3 S. 203, Trampedach in d. Savigny-Zeitschr. Bd. 17 nr. 2, Pflüger das. Bd. 18 nr. 3.

9) l. 25 pr. D. de obl. et act. 44, 7. Ulpianus libro singulari regularum: actionum genera sunt duo, in rem quae dicitur vindicatio et in personam, quae condictio appellatur. Daß diese Stelle interpolirt sei, wie Savigny a. a. O. S. 593 unterstellt, ist höchst unwahrscheinlich; sie hat ein durchaus echtes Gepräge.

10) § 28 J. de act. 4, 6. Wächter, Erörterungen Heft 2 S. 45; Savigny Bd. 5 S. 461; Bekker, Aktionen Bd. 1 S. 160. Im justinianischen Rechte steht an der Stelle „actio" bonae fidei, Gradenwitz, Interpolationen S. 105. Vgl. übrigens Gajus Inst. III §§ 156, 160—162 „actio" mandati.

sein. Die Grenzlinie zwischen judicia bonae fidei und stricti juris[11] aber, wie sie sich in Rom feststellte, hat sich überlebt.

II. Gemeinrechtlich sind die Geschäfte in der Regel nach bona fides zu beurtheilen. Es sind z. B. Abreden bei einem Darlehen, welches in Rom mittels judicium stricti juris einzuklagen war, nach heutigem Rechte nicht weniger ex fide bona auszulegen und zu behandeln, wie etwa ein Pfandkontrakt.[12] Nicht anders nach B.G.B.

Stricti juris sind dagegen die Forderungen aus einem Institut modernen Ursprunges, — dem Wechsel.

Forderungen auf eine bestimmte Geldsumme oder eine bestimmte Quantität anderer vertretbarer Sachen sind nach Reichsrecht prozessualisch bevorzugt. Sind sie durch Urkunden vollständig beweisbar, so sind sie des Urkundenprozesses fähig.[13] Sie berechtigen ferner, sofern sie nicht von einer noch ausstehenden Gegenleistung abhängig sind, zum Mahnverfahren,[14] bei welchem auf einseitigen Antrag des Klägers ein Zahlungsbefehl zu erlassen ist, welcher vollstreckbar wird, wenn der Beklagte nicht rechtzeitig widerspricht.

§ 132. Actio simplex und duplex.

1. Die normale Klage — actio simplex — kann nur zur Verurtheilung des Beklagten oder zur Klageabweisung führen.[1] Der Kläger kann also nicht in der Hauptsache verurtheilt werden. Nur wegen der Prozeßkosten ist er zu verurtheilen, wenn er in der Hauptsache unterliegt; dies auch ohne Antrag.[2]

Dem Beklagten steht jedoch eine Widerklage — mutua petitio — offen, d. h. eine gegen den Kläger während der Verhandlung über die Klage bei demselben Gerichte und in demselben Verfahren erhobene

11) Ueber den Ausdruck actio stricti juris — § 28 J. de act. 4. 6, l. 5 § 4 D. de in litem jurando 12, 3 — vgl. Windscheid Bd. 1 § 46 Anm. 4, Grabenwitz Interpol. S. 105.

12) So die herrschende Ansicht und jedenfalls die neuere gemeinrechtliche Praxis: Wächter, Erörterungen Heft 2 S. 112 und dort angeführte Schriftsteller. Windscheid hingegen Bd. 1 § 46 Anm. 5 will die römische Grenzlinie zwischen bonae fidei und stricti juris negotia auch für das heutige Recht festhalten. Insbesondere unterstellt er, daß das Darlehn auch heute noch seinem Wesen nach eine strikte Natur habe. Dies könnte höchstens für Darlehne ohne weitere Parteiberedung gelten. Die Darlehnsverträge enthalten aber sehr häufig mancherlei Klauseln, die ex fide bona interpretirt werden müssen.

13) C.P.O. §§ 592 ff.

14) C.P.O. §§ 688 ff.

1) Dies fand seinen Ausdruck in der regelmäßigen Fassung der condemnatio: „si paret condemna, si non paret absolve.“ Gaj. Inst. IV § 43.

2) C.P.O. § 308 Abs. 2.

Klage. Sie setzt Konnexität, d. h. Zusammenhang des Gegenanspruches mit dem Klageanspruch oder mit den gegen ihn vorgebrachten Vertheidigungsmitteln voraus.[3]

2. Die actio duplex ist etwas ausnahmsweises. Sie bezweckt die Regulirung eines thatsächlichen Zustandes.[4] Indem der Kläger sie beantragt, fordert er eventuell auch eine ihm ungünstige Entscheidung in der Hauptsache heraus.[5] Solche Klagearten bilden die Provokation auf Theilung gemeinsamer Objekte,[6] welche übrigens heutzutage, soweit es sich nicht um streitige Vorfragen handelt, mittels freiwilliger Gerichtsbarkeit erledigt wird, ferner die Grenzscheidungsklage — actio finium regundorum, endlich die Klage auf Erhaltung eines Besitzes — interdicta retinendae possessionis.

Diese doppelseitigen Klagen sollen wo möglich nicht mit dem bloß negativen Resultat der Abweisung des Klägers endigen, sondern zu einer positiven Regulirung der Verhältnisse führen, welche allein den Betheiligten frommt und die selbst im öffentlichen Interesse liegt.[7] Daher kann sich eine Verurtheilung des Klägers, wie des Beklagten an sie anschließen.

---

3) Vgl. über die Widerklage Richard Loening in Buschs Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Bd. 4 S. 1 ff. und dagegen Schmidt ebendaselbst S. 375.

4) Vgl. vorzugsweise Eck, die s. g. doppelseitigen Klagen 1870, ferner Bekker Aktionen Bd. 1 S. 229, Windscheid Bd. 1 § 127 Anm. 2.

5) Im alten römischen Rechte war die hauptsächliche doppelseitige Klage die Eigenthumsklage — die rei vindicatio. Denn an die vindicatio des Klägers schloß sich nothwendig die contravindicatio des Beklagten. Der Richter mußte daher entweder den Kläger oder den Beklagten als Eigenthümer anerkennen. Diese Eigenthumsklage wurde zur Zeit des Formularprozesses durch die einseitige ersetzt. Eigenthumsprozeß und Besitzprozeß waren seitdem getrennt.

6) l. 10 D. fin. reg. 10, 1, l. 44 § 4 D. fam. erc. 10, 2. Ueber die Formel der actio familiae erciscundae auf Theilung des gemeinsamen Nachlasses und der actio communi dividundo auf Theilung anderer gemeinsamer Objekte vgl. Lenel, edictum perpetuum S. 162 ff.

7) Hat der Begriff der doppelseitigen Klagen auch nach heutigem Rechte Realität? Dies verneinte bereits vom Standpunkte des früheren Prozeßrechts Eck a. a. O. S. 68 ff., S. 141 ff. Fast allgemein ist die Verneinung bei den Kommentatoren der C.P.O. Dieselbe verfügt § 308: „Das Gericht ist nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist." Dies ist aber schwerlich entscheidend. Denn es ist eben der Antrag des Klägers so zu deuten, daß er eventuell die eigene Verurtheilung nach dem Ergebniß der Verhandlung herausfordert. Hält man dies für unbegründet und verlangt man einen Antrag des Beklagten, damit zu seinen Gunsten gesprochen wird, so ist gleichwohl die Duplicität nicht negirt. Denn dieser Antrag ist an die Voraussetzungen einer Widerklage nicht gebunden. Er kann namentlich noch in der Berufungsinstanz gestellt werden, während eine Widerklage hier nicht statthaft ist, vgl. C.P.O. § 529 Abs. 2.

§ 133. Actiones arbitrariae, Erfüllungs- und Ersatzklagen.

1. Im klassischen römischen Prozeß konnte das verurtheilende Enderkenntniß nur auf eine bestimmte Geldsumme lauten. Klagansprüche, welche nicht auf Geld gingen, waren daher im Urtheil in Geld umzusetzen. — Denn nur Verurtheilung auf eine bestimmte Geldsumme war vollstreckbar.

Gemildert war diese Eigenheit bei den actiones arbitrariae,[1] d. h. Klagen, bei welchen der Richter dem Beklagten vor der Verurtheilung durch einen Vorbescheid Erfüllung anbefahl.[2] Allerdings war solcher Vorbescheid nicht unmittelbar erzwingbar,[3] dennoch aber von größter Bedeutung für den Kläger wie für den Beklagten.

Denn wenn der Beklagte dem Vorbescheide nicht ungesäumte Folge

---

1) Gaj. Inst. IV § 48. Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est: itaque et si corpus aliquod petamus veluti fundum, hominem, vestem, aurum, argentum, judex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, [sed] aestimata re pecuniam eum condemnat.

2) § 31 J. de actionibus 4, 6. Praeterea quasdam actiones arbitrarias id est ex arbitrio judicis pendentes appellamus, in quibus nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat vel exhibeat vel solvat vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat, sed istae actiones tam in rem quam in personam inveniuntur. in rem veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur: in personam veluti quibus de eo agitur, quod aut metus causa aut dolo malo factum est, item qua id. quod certo loco promissum est, petitur. Ueber den Begriff der actio arbitraria vgl. auch Gaj. Inst. IV § 141, § 163. Manche behaupten, daß die Begriffsbestimmung der actiones arbitrariae in den Institutionen nicht genau sei, daß vielmehr auch Klagen, bei denen ein Vorbescheid nicht erlassen wurde, von den Römern arbitrariae genannt worden seien, vgl. z. B. Windscheid Bd. 1 § 46 Anm. 4. Wir halten dies nicht für richtig. Es ist zwar streitig, ob in der actio de eo quod certo loco. welche sehr häufig als arbitraria bezeichnet wird, ein richterlicher Vorbescheid erlassen wurde. Dies war aber in der That der Fall. Allerdings ging er nicht dahin, daß Beklagter am vertragsmäßigen Erfüllungsorte zahlen solle, Lenel, edictum perpetuum S. 193, dies wäre für die Regel sehr unpraktisch gewesen und kam nur ausnahmsweise vor, l. 4 § 1 D. de eo quod certo loco 13, 4. Der Vorbescheid forderte vielmehr den Beklagten in der Regel dazu auf, die richterlich ermittelte Schätzungssumme am Klageorte zu zahlen. Warum aber fand nicht sofortige Verurtheilung in die Schätzungssumme statt? Damit dem Beklagten möglich werde, durch Zahlung vor der Kondemnation den Prozeßstrafen zu entgehen — dem Drittel der Streitsumme. Die Zahlung am Klageorte konnte er nicht gut leisten, ehe die Höhe seiner Schuld richterlich festgestellt war.

3) Das Gegentheil besagt zwar l. 68 D. de rei vind. 6. 1. Doch ist diese Stelle interpolirt. Dies geht vor allem aus der l. 3 § 13 D. de homine libero exhibendo 43, 29 hervor. Denn hiernach kann sogar der Trotz des Beklagten, welcher einen freien Menschen ungeachtet des richterlichen Exhibitionsbefehls zurückhielt, nur durch wiederholte Klagen, nicht aber durch Naturalexekution gebrochen werden. Doch sind die Ansichten seit Alters getheilt. Vgl. ferner l. 3 § 2 D. de rebus eorum 27, 9; Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 310 ff. Litteratur führt an: Ziebarth, Realexekution 1885 S. 63 ff., welcher die Echtheit der l. 68 cit. zu vertheidigen sucht und die Frage eingehend erörtert; siehe ferner Bruns, kleine Schriften Bd. 1 S. 360, Pernice Parerga II S. 32.

leistete, so durfte der Kläger sein Geldinteresse durch einseitigen Eid — juramentum in litem — taxiren und damit den Betrag der Verurtheilung des Beklagten bestimmen. Die Furcht, welche dies dem Beklagten einflößen mußte, führte in den meisten Fällen zur sofortigen Herausgabe des eingeklagten Objektes, ohne die Weiterungen, welche eine auf die Sache gerichtete Zwangsvollstreckung leicht mit sich führte.

Auch für den Beklagten war es von Vortheil, nicht mit einer Geldverurtheilung überrascht zu werden, wenn er bereit war zu leisten, was dem Richter Recht schien.

Im justinianischen Rechte ist dies alles bereits wesentlich geändert. Nunmehr war der Vorbescheid bei den actiones arbitrariae unmittelbar erzwingbar. Der Kläger hatte daher die Wahl, dessen Vollstreckung oder Verurtheilung des Beklagen in Geld zu fordern. Auch bei anderen Klagen lautete die Verurtheilung nicht mehr nothwendig auf Geld, aber wo möglich sollte sie doch auf bestimmtes Geld oder bestimmte Objekte gehen.[4]

2. Actiones arbitrariae im römischen Sinne kommen nicht mehr vor. Was in Rom einen Vorbescheid bildete, ist heute Endurtheil.

Klage und Verurtheilung muß demnach präzise auf den geschuldeten Gegenstand oder die geschuldete Handlung gerichtet werden. Nur dann darf statt dessen auf Geldentschädigung geklagt werden wenn der Beklagte zur Naturalerfüllung nicht mehr im Stande ist. Dies hat Kläger zur Begründung der Entschädigungsklage zu behaupten und zu beweisen. Hierzu genügt unter Anderem die Thatsache, daß der Schuldner das Schuldobjekt nach dem Vertragschluß veräußert hat, es führe denn der Beklagte den Gegenbeweis, daß er sich das Schuldobjekt im Falle seiner Verurtheilung zurückverschaffen kann.[5]

Ergiebt sich die Nichterzwingbarkeit der Naturalerfüllung nach der rechtskräftigen Verurtheilung des Beklagten zu derselben, so bedarf es einer neuen Klage behufs Verurtheilung zur Geldentschädigung statt Erfüllung.[6][7] Richtiger Ansicht nach ist aber auch von vornherein eventuelle Klage auf Geldentschädigung, wie auch Verurtheilung zu solcher für den Fall zulässig, daß die an erster Stelle eingeklagte und richterlich zugesprochene Naturalerstattung nicht erzwingbar sein sollte.

---

4) § 32 J. de act. 4, 6. Ziebarth a. a. O. S. 158.

5) R.G. Bd. 31 S. 184.

6) C.P.O. § 893. Die Klage ist beim Prozeßgericht erster Instanz anzubringen.

7) Nach B.G.B. § 283 kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn er dem rechtskräftig zur Leistung verurtheilten Schuldner eine angemessene Nachfrist zur Leistung unter der Erklärung gesteckt hat, daß er die Leistung nach Ablauf der Frist nicht annehme.

§ 134. Feststellungsklagen.

I. Actiones praejudiciales nannten die Römer Klagen, welche ein richterliches Urtheil über Rechtsverhältnisse oder Thatsachen forderten, ohne daß sich eine Verurtheilung des Beklagten unmittelbar anschloß.[1] Es bestand nur eine geringe Zahl solcher Klagen.

II. Den römischen Präjudicialklagen sind die *Feststellungsklagen* des heutigen Rechtes verwandt. Sie haben sich aber nicht aus ihnen entwickelt, bildeten sich vielmehr selbständig, wenn auch unter lebhaftem Streit, in der gemeinrechtlichen Praxis. Auf Grund derselben hat sie die C.P.O. § 256 in weitem Maaße anerkannt.[2]

1. Ihr Zweck ist, die richterliche Entscheidung über *das Bestehen oder Nichtbestehen von Rechtsverhältnissen*,[3] sowie über die *Echtheit oder Unechtheit von Urkunden* herbeizuführen.

2. Man nennt sie *positive* Feststellungsklagen, wenn sie die Anerkennung der Existenz, *negative*, wenn sie die Anerkennung der Nichtexistenz eines Rechtsverhältnisses oder der Unechtheit einer Urkunde betreiben.[4]

3. Vorausgesetzt ist ein *rechtliches Interesse* an der *alsbaldigen Feststellung* dem Beklagten gegenüber.[5]

---

1) Gaj. Inst. IV. § 44 . . . intentio aliquando sola invenitur sicut in praejudicialibus formulis, qualis est, qua quaeritur, aliquis libertus sit, vel quanta dos sit et aliae complures. Die Präjudicialklagen führt auf Bekker, Aktionen Bd. 1 S. 283, vgl. O. Buelow, de praejudicialibus formulis. Vratislaviae 1860.

2) Weismann, die Feststellungsklage 1879; Degenkolb, Einlassungszwang 1877 S. 129 ff.; Bähr, Urtheile des Reichsgerichts S. 143 ff., Kohler, Prozeßr. Forsch. S. 63 ff., Hellmann, Klagerecht, Feststellungsklage und Anspruch in Iherings Jahrb. Bd. 31 n. 2, Max Seibel, die F.Kl. im Civil- und Verwaltungsprozeß. Gött. In.-Diss. 1893.

3) Vgl. über den Begriff des „Rechtsverhältnisses" oben § 40 S. 87.

4) Die negativen Feststellungsklagen bewirken eine Umkehr der Parteistellung. Sie nöthigen den angeblich Berechtigten, mit den Beweisen für sein Recht hervorzutreten. R.G. Bd. 9 S. 337, vgl. aber auch Bd. 14 S. 91. Insofern haben sie Verwandtschaft mit den Provokationen, welche das ältere gemeine Recht entwickelt hatte. Man unterschied a) die provocatio „ex lege diffamari". die Diffamationsklage. Sie beantragte, daß Provokat einen Anspruch, dessen er sich *berühmt* hatte, innerhalb einer richterlich zu bestimmenden Frist gegen den Diffamaten einzuklagen habe, widrigenfalls er zu *ewigem Stillschweigen* verurtheilt werde, vgl. Muther, die Diffamationsklage in Bekkers Jahrbuch Bd. 2 S. 53 ff.; b) die provocatio „ex lege si contendat" bezweckte Abwendung der Gefahr des *Verlustes von Einreden* und verlangte vom Provokaten Klage innerhalb der richterlich gegebenen Frist unter dem Präjudiz der Ausschließung von *Einwendungen gegen jene Einreden*. Vorzugsweise sollte sie dem Bürgen die Einrede der Theilung der Klage des Gläubigers unter die mehreren zahlungsfähigen Bürgen erhalten. Die C.P.O. hat diese Provokationen nicht aufgenommen. Man glaubte, sie würden durch die negativen Feststellungsklagen vollständig ersetzt. Dies ist allerdings nicht der Fall. Aber das Provokationsverfahren ist gleichwohl beseitigt. Der in der provocatio ex lege si contendat enthaltene materielle Rechtssatz läßt sich in anderer Weise durchführen.

Es muß also die Gefahr einer Verdunkelung oder einer Verschlechterung der Rechtslage des Klägers bestehen. Auch prozessualisch muß die Feststellungsklage der geeignete Weg für die Wahrung der klägerischen Interessen sein. Kann der Kläger auf Erfüllung klagen, wozu es der Fälligkeit seines Rechtes erst nothwendig bedarf,[6] so ist eine Feststellungsklage unzulässig, es sei denn daß besondere Zweckmäßigkeitsgründe dafür sprechen, durch sie eine Vorfrage getrennt zu richterlicher Entscheidung zu bringen.[7][8]

4. Die richterliche Feststellung begründet keine unmittelbare Vollstreckbarkeit, wird aber rechtskräftig und kann so die Grundlage von kondemnatorischen Klagen wie auch von Einreden werden.[9]

5. Eine besondere Art ist die Incidentfeststellungsklage. Sie bezweckt ein Rechtsverhältniß, von welchem das Urtheil über einen eingeklagten Anspruch abhängig ist, zum Gegenstand einer richterlichen Entscheidung zu machen, welche in Rechtskraft übergeht. Jede Prozeßpartei ist zu ihrer Erhebung während der Verhandlung befugt.[10]

§ 135. Verwandte und konkurrirende Klagen.[1]

I. Die ältere Theorie sprach von Klagenkonkurrenz, wo immer mehrere Klagerechte denselben Ursprung haben oder dasselbe Ziel verfolgen. Man unterschied in dieser weiten Rubrik die subjektive Klagenkonkurrenz d. h. Klagen unter denselben Rechtssubjekten und die objektive d. h. Klagen

---

5) Mit Unrecht lehrt Regelsberger Bd. 1 § 192 Anm. 9, daß für die positive Feststellungsklage „Rechtsbestreitung" Seitens des Beklagten, für die negative „Rechtsanmaßung" desselben vorliegen müsse. Aus den von Regelsberger angeführten Erkenntnissen folgt das nicht. Damit würde auch der Werth der Feststellungsklage für das praktische Leben sehr vermindert. Soll Kläger behaupten und beweisen müssen, daß der Klage Rechtsbestreitung oder Rechtsanmaßung des Beklagten vorausging oder soll er abgewiesen werden, wenn der Beklagte nicht erscheint, also nichts bestreitet oder prätendirt?

6) Vgl. C.P.O. §§ 257—259.

7) Nicht ganz zuzustimmen ist daher dem R.G. Bd. 4 S. 437, vgl. Bähr a. a. O. S. 169. Vgl. weiter über das rechtliche Interesse R.G. Bd. 6 S. 397, Bd. 10 S. 370, Bd. 12 S. 148, Bd. 13 S. 272, Bd. 16 S. 390, Bd. 17 S. 16. Auch Feststellung der Verpflichtung zum Schadensersatz ohne gleichzeitige Substanziirung des Schadens ist zulässig, wenn an solcher Vorabentscheidung ein rechtliches Interesse besteht, R.G. Bd. 21 S. 382 (Beschluß der vereinigten Civilsenate), ebendas. S. 388, Bd. 23 S. 347.

8) Ueber die Bestimmtheit des Antrages bei der Feststellungsklage siehe R.G. Bd. 12 S. 388.

9) l. 1 § 4 D. de liberis exhibendis 43, 30.

10) C.P.O. § 280. Vgl. Oertmann in d. Ztschr. f. Civilproz. Bd. 22 S. 11.

1) Savigny Bd. 5 §§ 231 ff., Merkel, über den Konkurs der Aktionen 1877, vgl. auch die bei Merkel S. 2 citirten Schriftsteller, Helfsig z. L. v. der Konkurrenz der Klagen 1887, Eisele, Klagenkonkurrenz im Archiv f. civ. Pr. Bd. 79 n. 10.

für oder gegen verschiedene Rechtssubjekte und theilte die objektive Konkurrenz wiederum ein in kumulative, wenn die Klagen neben einander durchgeführt werden können, ferner in successive, wenn die eine nur die andere vorbereitet und endlich in elektive, wenn die Klagen in einem ausschließenden Verhältniß stehen.

II. Mit Recht sprechen die neueren Systematiker nur da von Konkurrenz, wo die mehreren Klagen sämmtlich dasselbe Ziel verfolgen. Doch ist daneben die Verwandtschaft zu beachten, die durch denselben Ursprung begründet wird oder in der gleichen Richtung des Zieles liegt.

1. Verschiedene Klagen können einen gemeinsamen Entstehungsgrund haben.

Die rechtskräftige Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses macht dann für alle aus diesem Fundamente entspringenden Klagerechte Rechtskraft. An sich hindert aber solche Verwandtschaft nicht, daß jede Klage selbständig und vollständig geltend gemacht wird. Es konnten daher z. B. in Rom die actio furti auf Privatstrafe und die condictio furtiva auf Ersatz des Werthes des Gestohlenen, die beide aus einem Diebstahl erwuchsen, unabhängig von einander durchgeführt werden.[2]

Die Konsequenz hätte auch in dem in Rom häufigen Fall, daß aus derselben Handlung verschiedene Deliktsklagen auf Strafe entsprangen, die selbständige und vollständige Durchführung aller nebeneinander verlangt. Denn trotz der Einheit des Ursprunges handelte es sich dabei um verschiedene Delikte und um verschiedene Strafen. Aber strafpolitische Erwägungen stellten sich dem entgegen und bestimmten die Römer bei einer Reihe von Strafklagen dazu, eine Absorption durch einmalige Strafleistung anzunehmen.[3]

---

2) l. 7 § 1 D. de cond. furt. 13, 1. l. 12 § 1 und 2 C. de furtis 6, 2; vgl. übrigens auch l. 13 § 2 D. de jurejurando 12, 2.

3) Die Römer stritten über das Verhältniß mehrerer Deliktsklagen, die aus derselben Handlung seitens desselben Verletzten begründet werden konnten, z. B. der actio arborum furtim caesarum und der actio legis Aquiliae, der actio legis Aquiliae und der actio injuriarum, der actio vi bonorum raptorum und der actio furti. Vertreten war der Standpunkt der Kumulation, so daß alle Deliktsklagen unbeschränkt geltend gemacht werden konnten, derjenige der Konsumtion, wonach die Erhebung der einen dieser Klagen die andere aufhob, und endlich der Anrechnung, wonach der Verletzte das, was er mit der einen Deliktsklage beigetrieben hatte, sich auf die andere anrechnen lassen mußte. Nach unserer Ansicht handelte es sich bei dieser Streitfrage um einen Konflikt streng logischer und wissenschaftlicher Auffassung einerseits und praktischer Erwägungen andererseits. Grundsätzlich war es richtig zu sagen: wenn dieselbe Handlung mehrere Delikte in sich schließt, muß jede Deliktsklage neben der anderen durchgeführt werden können. Dies war die wissenschaftliche Auffassung von Labeo, Papinian, Ulpian, der auch Hermogenian sich anzuschließen scheint, l. 15

Mit Unrecht haben viele aus dieser durch eine vernünftige Strafpolitik gebotenen besonderen Behandlung den allgemeinen Grundsatz hergeleitet, daß verschiedene Klagen aus demselben Entstehungsgrund in einem ausschließenden Verhältniß ständen.

2. Verwandtschaft des Zieles haben präparatorische Klagen mit den Hauptklagen, welche sie vorbereiten.[4]

Eine derartige Klage ist die actio ad exhibendum.[5] Sie steht demjenigen zu, welcher eine Eigenthumsklage oder eine andere dingliche Klage zu haben behauptet und ein Interesse an der Vorweisung der Sache darthut, die er in Anspruch nehmen will.[6] Der Richter hat bei Feststellung des Interesses zu prüfen, ob Kläger das Bestehen des behaupteten Rechtes ernstlich annehmen kann, und ob voraussichtlich die Aufhellung des Sachverhaltes durch die Exhibition gefördert wird. Beklagter ist der Besitzer und Inhaber der Sache; auf das Interesse des Klägers haftet auch, wer den Besitz dolos aufgab, um die Klage zu vereiteln. Gegenstand

§ 46 D. de injuriis 47, 10, l. 6 pr. D. ad legem Juliam de adulteriis 48, 5, l. 2 pr. §§ 4, 5, 6 D. de privatis delictis 47, 1, l. 11 § 2 D. de servo corrupto 11, 3 und l. 32 D. de obl. et act. 44, 7. — Diese Behandlung der Sache führte jedoch in vielen Fällen bei der Fülle von civilen und prätorischen Strafklagen, die sich in Rom kumuliren konnten, zu Härten und übertriebenen Strafen. Daher kam man bei zahlreichen Delikten vom praktischen Standpunkte aus zur Konsumtionstheorie und mehr vermittelnd zur Anrechnungstheorie. Von der letzteren gingen namentlich Paulus l. 41 § 1 D. de obl. et act. 44, 7 und Modestinus l. 53 D. eod. aus. Die Kumulation hätte den Zwecken der bezüglichen Strafklagen nicht entsprochen. Es ist aber anzunehmen, daß Juristen, welche der Kumulationstheorie huldigten, in einzelnen Fällen doch der Anrechnungstheorie Konzessionen machten, und daß die Vertreter der Anrechnungstheorie bei gewissen Delikten die Kumulationstheorie anerkannten. Der Streit dürfte sich nur um einzelne Delikte, namentlich um die Frage der Kumulation der actio legis Aquiliae und der actio injuriarum gedreht haben. Allseitig verworfen wurde die Konsumtionstheorie, l. 34 pr. D. de obl. et act. 44, 7, l. 60 D. eod., l. 130 D. de R. J. 50, 17. Vgl. Savigny Bd. 5 S. 237 ff., Bangerow Bd. 3 § 572, Merkel a. a. O. S. 57 ff. — Nach heutigem Recht gehen Klagen aus unerlaubten Handlungen nur noch auf Schadenersatz. Hierbei versteht es sich von selbst, daß vollständiger Schadenersatz die sämmtlichen Klagen beseitigt.

4) Früher sprach man in derartigen Fällen von successiver Konkurrenz, vgl. hiergegen Savigny a. a. O. S. 211.

5) Vgl. Demelius, die Exhibitionspflicht 1872. Die Formel der actio ad exhibendum hat Lenel, edictum perpetuum, zutreffend restituirt, „wenn auch natürlich nicht für jedes einzelne Wort die Garantie übernommen werden kann": quod As As Stichum hominem ex jure Quiritium suum esse ait. quidquid ut eo nomine recte experiri possit, Ao Ao exhiberi oportet, quod Ns Ns possidet dolove malo ejus factum est, quo minus possideret, si arbitratu tuo Ao Ao non exhibebitur, quanti ea res erit, tantam pecuniam judex Nm Nm Ao Ao c. s. n. p. a.

6) Die a. ad exhibendum, zunächst zur Vorbereitung der Eigenthumsklage bestimmt, l. 1 D. ad exhibendum 10. 4, wurde auch zur Vorbereitung anderer dinglicher Klagen gegeben, l. 3 §§ 3 ff. D. eod., desgleichen zur Vorbereitung einer Wahl, l. 3 § 10 D. eod., ferner behufs Geltendmachung gewisser Interdikte und vor Anstellung einer Noxalklage. Andere obligatorische Klagerechte begründen die actio ad exhibendum nicht. Demelius a. a. O. S. 147. Ueber Exhibition und Gewerbegeheimniß vgl. Kohler Prozeßr. Forschungen S. 78. Vgl. noch B.G.B. §§ 809 ff.

der Klage ist *Vorweisung* der Sache und deren Ansicht durch den Kläger oder seine Vertreter.[7] Die actio ad exhibendum spielte im römischen Rechte eine große Rolle,[8] heutzutage ist sie wenig in Gebrauch.

Präparatorische Klagen sind auch diejenigen auf Rechnungslegung, z. B. auf Grund eines Mandatsverhältnisses, eines Gesellschaftsvertrages. Das Geschäftsverhältniß muß behufs dieser Klagen dargethan werden, nicht aber, daß etwas aus demselben geschuldet wird. Dies soll sich erst aus der gelegten Rechnung ergeben.

3. Die mehreren Klagen sind *konkurrirende*,[9] wenn sie eine identische Leistung bezwecken, also auf *dasselbe Ziel gehen*, z. B. auf Ersatz desselben Schadens, auf Herausgabe derselben Sache. Alle solche Klagrechte endigen *durch einmalige Befriedigung*.[10]

Bezüglich der prozessualischen Behandlung sind zwei Arten zu unterscheiden,[11]

Die konkurrirenden Klagen erwachsen nämlich zum Theil aus *einem und demselben Thatbestand*, es begründet z. B. der Thatbestand einer Erpressung sowohl eine a. quod metus als eine condictio als auch eine a. de dolo. Zum anderen Theil entspringen konkurrirende Klagerechte aus *verschiedenen Thatbeständen*; der Vermiether kann z. B. Herausgabe seiner Sache auf Grund des Miethvertrages mit der a. locati und auf Grund eines Eigenthumserwerbstitels mit der rei vindicatio betreiben.

Die Verschiedenheit beider Arten muß sich sehr geltend machen.

a) Unter konkurrirenden Klagerechten, welche *aus demselben Thatbestand* erwachsen, hatte in Rom der Kläger *eines zu erwählen*, welches er seiner Klage zu Grunde legte, die *Litiskontestation* bezüglich desselben *konsumirte* dann alle konkurrirenden Klagerechte.[12] Doch erhielt sich die konkurrirende Klage, soweit sie auf „Mehr" ging, — denn insoweit bestand keine Konkurrenz.[13]

---

7) Demelius a. a. O. S. 158 ff.

8) Vgl. l. 9 pr. §§ 1—4 D. ad exhibendum 10, 4, l. 15 D. eod.

9) Die Bezeichnung ist quellenmäßig, l. 43 D. de R. J. 50, 17. Paulus schrieb einen liber de concurrentibus actionibus (daraus entnommen: l. 34 D. de obl. et act. 44, 7), vgl. über die Bedeutung des Ausdruckes Merkel a. a. O. S. 1 ff.

10) Der Kläger mußte die actio, welche er wählte, bestimmt bezeichnen. Er konnte nicht mehrere actiones verbinden, auch wenn sie dasselbe Ziel verfolgten. l. 43 D. de R. J. 50, 17. Nemo ex his, qui negant se debere, prohibetur etiam alia defensione uti, nisi lex impedit. Quotiens concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine una quis experiri debet.

11) Dies hat Eisele a. a. O. erwiesen.

12) Vgl. unter den von Eisele angeführten Stellen namentlich l. 14 § 13 D. quod metus causa 4, 2, l. 38 § 1 D. pro socio 17, 2, l. 34 § 1 D. de obl. et act. 44, 7.

Nach modernem Prozeßrecht, wo die wesentliche Aufgabe der Klage nur ist, den rechtsbegründenden Thatbestand zu erzählen und es dem Richter obliegt, den rechtlichen Gesichtspunkt, welcher das Klagbegehren rechtfertigt, selbständig zu ermitteln,[14] werden alle konkurrirenden Klagerechte, welche sich aus einem Thatbestand ergeben, zusammen rechtshängig, so daß ein Urtheil alle erledigt.

b) Die auf verschiedenen Thatbeständen beruhenden konkurrirenden Klagen konnten dagegen in Rom wie heutzutage unabhängig von einander bis zu einmaliger Befriedigung erhoben werden. Litiskontestation über das eine Klagerecht konsumirte daher in diesem Falle das konkurrirende in Rom nicht und macht heutzutage dasselbe nicht rechtshängig. Die Abweisung der einen Klage erzeugt also auch keine Rechtskraft bezüglich der auf anderem Fundament beruhenden.

Hat jedoch Kläger mit einer der konkurrirenden Klagen rechtskräftig obgesiegt, so ist die Anstellung der konkurrirenden Klage nur noch möglich in den Fällen, in welchen der Kläger ein Interesse daran hat, aus ihr ein zweites Urtheil zu erhalten, z. B. weil das ihr zu Grunde liegende Recht Vorzugsrechte oder Pfandsicherheiten besitzt, welche der Klage fehlen, mit der er bereits obgesiegt hat. Wo ein derartiges Interesse nicht besteht, ist die Anstellung der konkurrirenden Klage nach dem Siege mit der zuerst erhobenen nicht mehr zulässig.[15] [16]

§ 136. Endigung der Klagerechte.

Die Klagerechte endigen, wenn das zu Grunde liegende Recht erlischt. Sie sterben nothwendig mit ihrer Wurzel ab.

Es giebt aber auch Endigungsgründe, welche zunächst das Klagerecht treffen, womit das Recht, aus dem es erwachsen ist, gleichsam von seiner Krone aus zu Grunde geht. Diese Vorstellung blieb keine bloß theoretische, sie hat zu praktisch erheblichen Rechtssätzen geführt.

13) l. 47 pr. D. pro socio 17, 2, l. 41 § 1 D. de obl. et act. 44, 7. Paulus libro 22 ad edictum. Si ex eodem pacto duae competant actiones postea judicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione id actor ferat, si tantundem aut minus id — lies nil — consequatur.

14) Vgl. unten § 152.

15) l. 18 § 3 D. de pec. const. 13, 5. l. 42 D. pro socio 17. 2, l. 13 D. de r. vind. 6, 1, l. 36 § 2 D. de her. pet. 5, 3.

16) In Rom war dies zwar grundsätzlich nicht anerkannt. Aber derselbe Effekt wurde dadurch erreicht, daß der Richter, welcher bezüglich der einen Klage Recht sprach, erst dann verurtheilte, wenn Kläger Kaution leistete, daß er mit der konkurrirenden Klage nicht noch einmal klagen werde. l. 13 D. de r. v. 6, 1, l. 36 § 2 D. de her. pet. 5, 3. An die Stelle dieser römischen Kaution tritt derzeit der in unserem Texte entwickelte Rechtssatz.

1. In der Regel übertragen sich Klagerechte auf die Erben des Berechtigten.

Gewisse Klagerechte aber erlöschen mit dem Tode des Berechtigten; sie sind, wie man zu sagen pflegt, aktiv unvererblich. Solcher Art waren in Rom Klagen, welche den Personen- und Familienstand betreffen,[1] ferner Klagen pekuniären Inhaltes, deren Hauptzweck aber persönliche Genugthuung war, s. g. actiones vindictam spirantes, wie die Injurienklage.[2]

Aktiv unvererbliche Klagen wurden vererblich mit dem Prozeßbeginn, d. h. nach römischem Rechte mit der Litiskontestation.[3 4]

Ein Nachklang dieser Gestaltung der Rechte findet sich im B.G.B. § 847, § 1300 Abs. 2. Die dort geregelten Ansprüche sind aktiv unvererblich, mit der Rechtshängigkeit werden sie vererblich.

2. Die Klagerechte verbinden in der Regel die Erben der Verpflichteten — sie sind passiv vererblich.

Die römischen Strafklagen jedoch erloschen mit dem Tode des Delinquenten;[5] wenn sie gegen ihn erhoben waren, gingen sie auf seine Erben über.[6] Die gemeinrechtliche Praxis erstreckte sie, soweit sie Schadensersatz bezweckten, gegen die Erben des Schuldners auf den Betrag des Nachlasses, auch wenn ihr Erblasser noch nicht belangt war.[7] Das B.G.B. enthält keine besonderen Bestimmungen.

Dingliche Klagerechte gegen die Besitzer unserer Sache vererben sich, solange die Klageerhebung noch nicht geschah, gegenüber den Erben jener Besitzer nicht.[8] Diese Erben müssen vielmehr selbst Besitz er-

---

1) R.G. Bd. 9 S. 217.

2) l. 2 § 4 D. de coll. bon. 37, 6. Paulus libro 41 ad edictum. Emancipatus filius, si injuriarum habet actionem, nihil conferre debet: magis enim vindictae quam poenae habet persecutionem. Denselben Charakter hatte die actio sepulchri violati, l. 6, 8, 10 D. de sepulchro violato 47, 12, sowie die Klage wegen verhinderter Beerdigung l. 9 D. de religiosis 11, 7. vgl. Savigny Bd. 5 S. 201. Aktiv unvererblich war in Rom auch die Strafklage wegen ungesetzlicher in jus vocatio des Parens oder Patrons l. 24 D. de in jus voc. 2, 4, und die Strafklage wegen calumnia, wenn etwas gegeben wurde, damit ein ungerechter Rechtsstreit geführt werde oder unterbleibe, l. 4 D. de calumniator. 3, 6.

3) l. 13 pr. D. de injuriis 47, 10. Ulpianus libro 57 ad edictum ... semel autem lite contestata hanc actionem etiam ad successores pertinere, l. 28 D. eod. Vgl. unten § 153.

4) Die querela inofficiosi testamenti war aktiv unvererblich. Sie wurde aber vererblich, wenn sie angestellt oder wenigstens vorbereitet war, l. 6 § 2, l. 7 D. de inofficioso testamento 5, 2.

5) l. 22 D. de o. nov. nunciat. 39, 1 ... in poenam heres non succedit.

6) l. un. C. ex delictis defunctorum 4, 17.

7) Vgl. unten Bd. 2 § 129.

8) l. 52, l. 55 D. de rei vind. 6, 1.

langen, damit ein Klagerecht gegen sie entsteht. Nach der Klageerhebung vererben sich auch dingliche Klagen gegenüber den Erben des Beklagten; doch sind dieselben von der Klage loszusprechen, wenn sie nicht in den Besitz der Streitsache kamen und nicht wegen Schuld des Erblassers oder durch eigene Schuld haftbar sind.[9]

3. Klagerechte erlöschen auch durch Verjährung.[10]

Drittes Kapitel.

Die Exceptionen.

§ 137. Begriff der Exceptionen und Repliken.

1. Exceptionen sind Gegenrechte behufs Abwehr eines Klagerechtes.[1][2]

Sie bilden Vertheidigungsmittel besonderer Art, denn sie bestreiten nicht das Klagerecht als solches, sie rufen vielmehr ein gegenüberstehendes Recht an, welches die Wirkung des Klagerechtes vernichtet oder hemmt. Das der Exception zu Grunde liegende Recht kann ein bloß negatives sein,[3] welches einzig die Bestimmung hat, die Wirkung eines entgegenstehenden positiven Rechtes zu brechen, z. B. das römische Zurückhaltungsrecht wegen Verwendungen gegenüber der Vindikation des Eigenthümers. Es kann aber auch ein positives Recht bilden, das nach der besonderen prozessualischen Lage negativ als Exception wirkt, z. B. die Einrede wegen Mängel der Kaufsache gegenüber der Klage auf den Kaufpreis.

Die Exceptionen gewannen Form und Namen im römischen For-

---

9) l. 42 D. de rei vind. 6, 1. Paulus libro 26 ad edictum. Si in rem actum sit, quamvis heres possessoris, si non (possideat, absolvatur, tamen si quid ex persona) defuncti commissum sit, omnimodo in damnationem veniet.

10) Vgl. §§ 144 ff.

1) l. 2 pr. D. de exceptionibus 44, 1. Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cujusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est.

2) Savigny Bd. 5 § 225 ff. definirt die Exception als die Vertheidigung des Beklagten, welche auf einem selbständigen Rechte desselben beruht. Etwas anderes als ein selbständiges Recht, die Zurückweisung der Klage zu fordern, hat wohl Savigny nicht gemeint, vgl. namentlich S. 171 a. a. O. Doch hat man ihn meist anders verstanden und seine Formulirung häufig bekämpft. Vgl. hierüber die bei Windscheid Bd. 1 § 47 Anm. 2 Angeführten. Gegen Savigny auch Hölder, Pand. § 65, Regelsberger Bd. 1 § 192.

3) Vorzugsweise Bekker Bd. 1 S. 89 hat den Begriff der negativen Rechte entwickelt, zu denen er außer Exceptionen Rescissionsklagen z. B. in integrum restitutio rechnet.

mularprozeß durch den Prätor und bildeten eines der wichtigsten Mittel der Ausbildung des prätorischen Rechtes.

Der Prätor fügte nämlich die Exception als negative Kondemnationsbedingung in die Klageformel ein und wies so den Richter an, den Beklagten nur zu verurtheilen, wenn die Exception unbegründet war, also selbst wenn sich die Klagebehauptung bewahrheitete, dagegen freizusprechen, wenn entweder das Klagerecht nicht bestand, oder die Exception richtig stand.[4]

Damit vermochte der Prätor veraltetes und unbilliges Recht außer Kraft zu setzen.[5] Ist um deswillen die Exception ein Rechtsbehelf, welcher bloß im Gegensatz des prätorischen und civilen Rechtes seine Existenzberechtigung hatte, so daß er mit dessen Ausgleichung hätte verschwinden müssen? — Das behaupten viele Neuere. Nur das, meinen sie, könne für die heutige Dogmatik die Frage sein, ob ein Recht wirksam sei, dann existire es, oder ob dies nicht der Fall sei, dann existire es nicht. Ein an sich existirendes, aber durch Exception entkräftbares — s. g. exceptionsmäßiges — Recht sei daher eine contradictio in adjecto.[6]

Dieser Angriff dringt nicht in die Tiefe. Er verkennt, daß in der römischen Exception ein allgemeingültiges Element liegt. Die Frage, ob ein Klagerecht fehlt oder ob es nur durch Exception überwindbar ist, hat auch heute — auch nach B.G.B. — volle Realität.[7]

2. Von diesem Standpunkt aus ergiebt sich die wichtige Unterscheidung der — materiellrechtlichen — Einreden und der — prozessualischen — Einwendungen.

Einwendungen sind alle von dem Beklagten anzuführenden und regelmäßig zu beweisenden Thatsachen, die ihn vor Verurtheilung schützen. Es kann sich um Thatsachen handeln, die die Entstehung des eingeklagten Rechtes hindern, z. B. Geisteskrankheit des sich Verpflichtenden,

4) Gaj. Inst. IV § 110. Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur quam adfirmat is, cum quo agitur. nam si verbi gratia reus dolo malo aliquid actorem facere dicat, qui forte pecuniam petit, quam non numeravit, sic exceptio concipitur: si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit, neque fiat.

5) Doch war dies nicht ihre einzige Funktion. Denn Exceptionen entstammten theils dem Civilrechte, theils dem prätorischen Rechte, Gaj. Inst. IV § 118.

6) Vgl. J. A. M. Albrecht, die Exceptionen 1835, Bekker, Aktionen Bd. 2 S. 275 ff., Eisele, die materielle Grundlage der Exceptio 1871. Besonders scharf erklärte sich gegen die Berechtigung des Begriffs der exceptio im heutigen Rechte Lenel, über Ursprung und Wirkung der Exceptionen 1876. Im § 4 S. 38 ff. giebt Lenel eine Uebersicht der Schriftsteller, welche sich über die Frage äußerten, vgl. auch Schwalbach in Iherings Jahrb. Bd. 19 S. 34 ff. Gegen Lenel hat sich namentlich Arndts § 101 Anm. 1 ausgesprochen, sowie Windscheid Bd. 1 § 47 Anm. 1 und Keller im sächs. Arch. für bürg. Recht Bd. 2 S. 685.

7) vgl. oben § 120.

aber auch um Thatsachen, aus denen dessen Tilgung hervorgeht, z. B. die Zahlung.

Enger ist der Begriff der Einrede, er entspricht im wesentlichen dem der römischen exceptio. Denn als Einrede ist zu bezeichnen ein Gegenrecht des Verpflichteten, beruhend auf einer Thatsache, welche den Anspruch des Berechtigten zwar nicht aufhebt, wohl aber für den Verpflichteten das Recht begründet, die Erfüllung des Anspruches zu verweigern.[8]

Die Wirkungen von Einwendung und Einrede sind verschieden:

a) Thatsachen, welche den Einwendungen zu Grunde liegen, heben das Klagerecht schlechthin auf, der Richter hat sie zu berücksichtigen, auch wenn sie nicht besonders vom Beklagten vorgeschützt wurden. Ergiebt sich also aus dem Klagevorbringen, daß die eingeklagte Forderung *bezahlt* ist, so ist der Kläger abzuweisen, auch wenn der Beklagte nicht erscheint, also sich nicht vertheidigt.[9]

b) *Exceptionen* — Einreden — dagegen sind *nur zu berücksichtigen, wenn sich der Beklagte dieses Rechtsbehelfes bedient.*[10]

Ergiebt sich z. B. auch aus dem Klagevortrage, daß die eingeklagte Forderung *verjährt* ist, so darf der Richter doch deswegen die Klage nicht abweisen. Denn der Einwand der Verjährung ist eine Exception; das Klagerecht als solches ist nicht in Frage gestellt.[11] Dies hat gute Gründe. Denn mancher Schuldner will seine Befreiung der Verjährung nicht verdanken.[12]

---

8) Vgl. Friedenthal, Einwendung und Einrede in der C.P.O. und dem B.G.B. 1898.

9) C.P.O. § 331 Abs. 2.

10) In diesem Sinne sagt l. 1 D. de except. 44, 1. Ulpianus libro 4 ad edictum. Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est, d. h. es bedarf einer Thätigkeit des Beklagten, damit ihm die Exception zu gute kommt. Sie ist aber nicht auf den Angriff, sondern auf Abwehr gerichtet.

11) Dies ist auch der Sinn des § 222 Abs. 1 des B.G.B.

12) Leistete eine Frau in Rom Bürgschaft und wurde gegen sie aus der Bürgschaft geklagt, so lag die verbotene Intercession in der Regel offen zu Tage. Dennoch war die Frau zu verurtheilen, wenn sie die exceptio S. C. Vellejani nicht anrief. Gerade um deswillen und weil die Frauen oft Bedenken trugen, sich auf das S. C. zu berufen, hat Justinian als Form der Intercession eine öffentliche, von drei Zeugen unterschriebene Urkunde gefordert. Fehlte diese Form, dann war der Akt nichtig, mithin kam die Obligation nicht zu Stande und der Richter konnte die Verurtheilung der Frau nicht aussprechen, auch wenn sie sich nicht auf die Rechtswohlthat berief. Dies hebt Justinian in der l. 23 § 3 C. ad S. C. Vellejanum 4, 29 sehr bestimmt hervor. Si autem extra eandem observationem mulieres susceperint intercedentes, pro nihilo habeatur hujusmodi scriptura vel sine scriptis obligatio tamquam nec confecta nec penitus scripta, *nec senatus consulti*

Häufig ist die Exception im Grunde ein Mittel der Verfolgung eines positiven Rechtes. Dies gilt z. B. von der Einrede der Zurückbehaltung wegen eines Gegenanspruches. Hier vollends wäre es begriffswidrig, wenn der Richter den Kläger ohne Antrag des Beklagten abweisen müßte, sobald der Gegenanspruch durch die Verhandlung gerichtskundig würde.[13]

3. Der Exception kann ein Replik entgegentreten. *Replik ist das Recht der Abwehr einer Exception.*[14] Durch die Replik erhält das Klagerecht wieder ungehemmte Wirksamkeit.[15] Die Replik führt nur dann zum Siege, wenn das Klagerecht begründet ist; sie entfernt die Exception, giebt aber der Klage keine neue Grundlage.

4. Entsprechend kann eine *Duplik* die Replik beseitigen und der Exception ihre Wirksamkeit zurückgeben.[16]

§ 138. Arten der Exceptionen.

1. Die Exceptionen sind theils peremptorische, theils dilatorische.[1]

a) Exceptionen, welche die Geltendmachung des Rechts *dauernd ausschließen*,[2] die *peremptorischen* haben tilgende Kraft. Sie vernichten das Gläubigerrecht, vorausgesetzt, daß der Schuldner von ihnen

---

auxilium imploretur, sed sit libera et absoluta, quasi penitus nullo in eadem causa subsecuto.

13) Vgl. Thon, Rechtsnorm S. 266.

14) l. 2 § 1 D. de exc. 44, 1. Ulpianus libro 74 ad edictum. Replicationes nihil aliud sunt, quam exceptiones et a parte actoris veniunt: quae quidem ideo necessariae sunt, ut exceptiones excludant: semper enim replicatio idcirco obicitur, ut exceptionem oppugnet.

15) Wenn der in Konkurs verfallene Gemeinschuldner mit der Mehrheit seiner Gläubiger einen gerichtlich bestätigten Akkord abschließt, vermöge dessen ihm gewisse Procente seiner Schulden erlassen werden, so erwirbt er eine Exception. Ist aber der Akkord durch Betrug zu Stande gebracht, so ist jeder Gläubiger befugt, den Erlaß anzufechten, was durch Replik geschehen kann. K.O. § 196.

16) l. 2 § 3 D. de exc. 44, 1. Sed et contra replicationem solet dari triplicatio, et contra triplicationem rursus et deinceps multiplicantur nomina, dum aut reus aut actor obicit.

1) l. 3 D. de except. 44, 1. Gajus libro 1 ad edictum provinciale. Exceptiones aut perpetuae et peremptoriae sunt aut temporales et dilatoriae. perpetuae atque peremptoriae sunt, quae semper locum habent nec evitari possunt, qualis est doli mali et rei judicatae et si quid contra legem senatusve consultum factum esse dicetur, item pacti conventi perpetui, id est ne omnino pecunia petatur. temporales atque dilatoriae sunt quae non semper locum habent. sed evitari possunt, qualis est pacti conventi temporalis, id est ne forte intra quinquennium ageretur: procuratoriae quoque exceptiones dilatoriae sunt quae evitari possunt. Ueber die procuratoriae exceptiones vgl. Gaj. Inst. IV § 124. § 11 J. de exc. 4, 13 und namentlich Bülow, Prozeßeinreden 1868 S. 29 ff., dazu auch A. S. Schultze, Privatrecht und Prozeß S. 273 ff., S. 348, Lenel, edictum S. 78.

2) So B.G.B., vgl. z. B. § 1169.

Gebrauch macht. Die Abweisung der Klage auf Grund peremptorischer Exceptionen ist eine endgültige.

b) Die dilatorischen Exceptionen verzögern, sie haben keine tilgende Kraft. In der klassischen Zeit des römischen Rechtes führten allerdings auch die dilatorischen Exceptionen, wenn ihnen der Kläger nicht auswich, vielmehr trotz ihrer Vorschützung auf Verweisung des Prozesses vor den Geschwornenrichter bestand, zu endgültiger Abweisung.[3] Dies wurde aber bereits in der christlichen Kaiserzeit geändert.[4] Derzeit ist Folge der dilatorischen Einrede entweder Abweisung zur Zeit oder angebrachtermaßen oder auch bedingte oder befristete Verurtheilung.[5]

Die dilatorischen Einreden beruhen entweder auf dem materiellen Rechte oder auf dem Prozeßrechte.[6] Zu den Einreden der letzteren Art gehört die der Rechtshängigkeit, welche mit der Klageerhebung eintritt und der Partei entgegentritt, welche während des anhängigen Prozesses die Streitsache anderweit anhängig macht.[7]

2. Die Exceptionen sind ferner entweder sachliche — rei cohaerentes — oder persönliche — personae cohaerentes.

Sachliche Exceptionen stehen Jedem zu, gegen welchen aus dem Rechtsverhältnisse geklagt wird. Persönliche Exceptionen stehen nicht Jedem zu, sondern nur bestimmten Personen.[8] Sie haften nicht

---

3) Gaj. Inst. IV § 123. Observandum est autem ei, cui dilatoria obicitur exceptio, ut differat actionem; alioquin si objecta exceptione egerit, rem perdit; non enim post illud tempus, quo integra re eam evitare poterat, adhuc ei potestas agendi superest re in judicium deducta et per exceptionem perempta.

4) Die Aenderung geschah durch Zeno § 10 J. de except. 4, 13 und die restituirte l. 1 C. de plus pet. 3, 10. Den Kläger trafen Prozeßkosten und Strafen im Falle der Abweisung auf Grund der dilatorischen Exception.

5) Vgl. unten § 154 II c.

6) An sich mußte die Exception vor der Konstituirung des judicium vorgebracht und in die Formel eingerückt sein, damit sie der judex berücksichtigen konnte. Allein der Prätor versprach Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wenn eine peremptorische Exception nicht rechtzeitig vorgebracht war. Man hatte hierbei Versäumung aus Irrthum im Auge — Gaj. Inst. IV § 125 — aber im Edikt war die Restitution ohne weiteres versprochen; dies geht aus l. 2 C. sententiam rescindi 7. 50 hervor; vgl. über sie Krüger im Archiv für civ. Praxis Bd. 67 n. 4, siehe ferner l. 8 C. de except. 8, 35. Ob der Beklagte gegen Versäumniß dilatorischer Einreden Restitution erhalten solle, war zur Zeit von Gajus streitig und wurde später entschieden verneint, l. 12 C. de except. 8, 35. Man sollte durch rechtzeitiges Vorbringen der dilatorischen Einrede den Kläger warnen und zum Abstehen von einer erfolglosen Klage bestimmen. Nach der C.P.O. § 278 können Angriffs- und Vertheidigungsmittel, insbesondere auch peremptorische und dilatorische Einreden, bis zum Schlusse der Verhandlung geltend gemacht werden. Eine Zurückweisung von Vertheidigungsmitteln wegen Verzögerung ist jedoch zulässig, wenn die Verzögerung dolos oder in Folge von culpa lata geschah.

7) C.P.O. § 263; vgl. oben § 126 Anm. 5.

an dem Verhältniß, sondern befreien eine Person. Eine bloß persönliche Exception entspringt z. B. aus dem Zwangsvergleiche, welchen der in Konkurs verfallene Schuldner mit der Mehrheit seiner Gläubiger schloß; denn er kommt nur ihm und seinen Erben, nicht aber seinen Bürgen und Mitschuldnern zu gute.[9]

3. Einige Exceptionen stehen *Jedem entgegen*, welcher aus dem betreffenden Rechtsverhältnisse klagt — sie wirken in rem —; andere haben Wirkung *nur gegen gewisse Personen* — sie sind in personam.[10]

4. Man unterscheidet endlich exceptiones in factum und die *exceptio doli*[11] *generalis*.

Die exceptiones in factum heben einen besonderen Thatbestand hervor. Beispiele sind die exceptio S. C. Macedoniani, rei judicatae und die des dolus wegen Betruges, s. g. exceptio doli specialis.

Die exceptio doli generalis stützt sich darauf, daß die *Klage* ein *Unrecht* bilde. Ursprünglich suchte man ihren Grund in der malhonneten Gesinnung des Klägers, welcher das formelle Recht mißbraucht, um unlautere Vortheile zu gewinnen. Aber bald wurde dies bloße Einkleidung. Die exceptio doli generalis wurde daher ohne Rücksicht auf die Gesinnung des Klägers zulässig, wenn das Klagerecht dem wahren Rechte widerstritt, im gegebenen Falle also nur die Form, nicht das Wesen des Rechtes hatte.[12]

In dieser Funktion war die exceptio doli für die Entwickelung

---

8) l. 7 pr. § 1 D. de except. 44, 1.

9) K.O. § 193 am Ende.

10) l. 4 §§ 27 ff. D. de doli mali et met. 44, 4. Die Unterscheidung ist von Bedeutung im Wechselrechte, vgl. W.O. Art. 82: Der Wechselschuldner kann sich gegen Jeden solcher Einreden bedienen, welche aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen — exceptiones in rem — sonst nur solcher, die ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen — exceptiones in personam.

11) Die Formel der exceptio doli lautete: si in ea re nihil dolo malo Ai Ai factum sit neque fiat. Die exceptio wird in ihrem ersten Gliede gewöhnlich als die des dolus specialis bezeichnet, in ihrem zweiten Gliede — neque fiat — als die des dolus generalis. l. 4 § 33 D. de doli mali exc. 44, 4. Vgl. über die exceptio doli Hänel im Archiv für civ. Praxis Bd. 12 S. 422 ff., Pernice, Labeo Bd. 2 S. 112 ff., 2 A. S. 231 ff., H. Krüger, zur Lehre von der exceptio doli I 1892.

12) Eine Analogie bietet die querella inofficiosi testamenti, welche ursprünglich auf die Pflichtwidrigkeit des Erblassers gebaut war, später aber auch hiervon abgesehen dem Pflichttheilsberechtigten Ansprüche gab. Freilich wird wohl auch hier und da später auf die ursprüngliche subjektive Grundlage der exceptio doli ein gewisses Gewicht gelegt, so von Ulpian in der l. 2 § 5 D. de doli mali 44, 4 „nunc petendo facit dolose, nisi si talis sit ignorantia in eo ut dolo careat.“ Dagegen äußert Papinianus libro 3 quaestionum l. 12 D. h. t.: Qui aequitate defensionis infringere actionem potest. doli exceptione tutus est. Vgl. des weiteren Pernice a. a. O. S. 120 2 A. S. 247 ff.

des römischen Rechtes besonders wichtig. Zahlreiche Rechtsinstitute bildeten sich unter ihrem Schutze aus.[13]

Sie trat namentlich Klagen aus Formalgeschäften, z. B. Stipulationen entgegen, welche eines materiellen Rechtsgrundes — der causa — ermangelten.[14]

Die exceptio doli wurde ferner das Mittel zur Geltendmachung des *Retentionsrechtes* — *Zurückhaltungsrechtes*.[15] Es ist dies die Befugniß, eine *geschuldete Leistung zu verweigern, bis der andere Theil gewissen Gegenansprüchen gerecht wird*. Ein Hauptfall ist die Zurückhaltung einer fremden körperlichen Sache.[16] Es ist dies aber nicht der einzige; auch eine bloß *geschuldete* Leistung kann man zurückhalten.[17] Die Gegenansprüche können klagbar sein, wesentlich ist dies aber nicht. Meist ist ferner der Grund des Retentionsrechtes *wirthschaftliche Zusammengehörigkeit* der Gegenansprüche — *Konnexität* —, aber es giebt auch anerkannte Retentionsfälle, wo dies nicht der Fall ist. Das Retentionsrecht sucht die Erfüllung der Forderungen des Retinenten durch zeitweilige *Hemmung* der Ansprüche des anderen Theils zu erzwingen. Es giebt dem Zurückhaltenden aber nicht die Befugniß, über den Gegenstand der Zurückhaltung — etwa durch Verkauf behufs Befriedigung seiner Gegenansprüche — rechtlich zu verfügen oder dessen Nutzungen zu diesem Zweck zu verwenden oder dasselbe — von den Besitzklagen abgesehen — im Fall des Verlustes klagweise zu verfolgen.[18] —

Die produktive Kraft der exceptio doli generalis ist nicht er-

---

13) Zwei Sätze des römischen Prozeßrechtes sind hier nur zu erwähnen, nämlich a. Ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit. Ulpianus libro 76 ad edictum l. 2 § 5 D. h. t. vgl. freilich l. 4 § 33 D. eod. und b. Exceptio doli inest bonae fidei judiciis l. 21 D. sol. matr. 24. 3. l. 84 § 5 D. de leg. I, d. h. es bedurfte keiner besonderen Einfügung der exceptio doli in die Formel des bonae fidei judicium, um den Richter zu ihrer Berücksichtigung zu ermächtigen, vgl. Birkmeyer, die Exceptionen im bonae fidei judicium S. 131.

14) l. 2 § 3 D. de doli mali exc. 44, 4. vgl. l. 4 § 1 D. eod.

15) Langfeld, d. L. v. Retentionsrecht 1886 und dort Angeführte, Bekker in Iherings Jahrb. Bd. 30 S. 267. — Geschichtliches, Pernice, Labeo Bd. 2 S. 121 2 A. S. 252 ff.

16) Dahin gehört das Retentionsrecht des Besitzers einer fremden Sache wegen Verwendungen gegenüber der Klage des Eigenthümers auf Herausgabe, siehe unten § 227. Ein Retentionsrecht wegen nicht konnexer Forderungen siehe im § 279.

17) Ebenso B.G.B. § 273 Abs. 1.

18) Das Retentionsrecht ist eine Hauptart der „negativen Rechte", vgl. oben § 137 Anm. 3. Es hat dingliche Natur, wenn es dinglichen Rechten ohne Unterschied des Berechtigten entgegentritt, sonst persönlichen Charakter. Bekker, Reform des Besitzrechtes 1891. S. 31.

loschen. Fortwirkend hat sie lebendige Kraft. Sie ist ein Organ des wahren Rechts in Fällen geblieben, in welchen die Anwendung einer gesetzlichen Regel dem Wesen der Sache und den Zwecken des Rechtes zuwiderliefe.[19] So auch unter der Herrschaft des B.G.B.

Viertes Kapitel.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ 139. Begriff der Restitution.[1]

I. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand — in integrum restitutio — ist Beseitigung einer Verletzung aus Billigkeit durch besondere richterliche Hülfe.[2]

Hierin liegt ein außerordentliches Rechtsmittel,[3] weil der Richter nicht wie in anderen Fällen Recht anwendet, sondern durch seinen Spruch Recht schafft.[4]

Seine Entstehung dankt dies Rechtsmittel den Prätoren. Die hervorragende staatsrechtliche Stellung der römischen Magistrate tritt in ihm vornehmlich hervor.

---

19) Anderer Ansicht ist Windscheid Bd. 1 § 47 Anm. 7, Brinz 2. Aufl. § 108 a. E. Auch Römer in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 20 n. 2: „die exceptio doli, insbesondere im Gebiete des Wechselrechtes" hält sie für unanwendbar, falls es sich nicht um Fälle handelt, in denen sie die römischen Quellen anerkennen. Römer führt übrigens zahlreiche Entscheidungen höherer Gerichte, insbesondere das R.O.H.G. an, welche mit der exceptio doli generalis operiren. Vgl. auch Birkmeyer a. a. O. S. 308 ff., Regelsberger Bd. 1 § 192 Anm. 11.

1) Das Hauptwerk ist von Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 1831, welcher von S. 29 ab die ältere Litteratur angiebt; vgl. weiter Savigny Bd. 7 S. 91 ff.; Spaltenstein, Wiedereinsetzung 1873; Brinz Bd. 1 S. 405 ff., siehe auch Bekker, Aktionen Bd. 2 S. 74; Hölder, Pand. S. 316.

2) Wiederherstellung früherer Zustände findet sich sehr häufig auch bei anderen Rechtsmitteln. Beispielsweise wird auf Grund der actio redhibitoria wegen verborgener Mängel der Kaufsache die Lage durch Urtheil wiederhergestellt, wie sie ohne Abschluß des Kaufgeschäftes gewesen wäre. In der Wiederherstellung des vorigen Standes allein liegt also das Specifische des hier behandelten Rechtsmittels nicht. Vielmehr ist ihm wesentlich, daß die Wiederherstellung durch besonderes Eingreifen des Richters in den ordentlichen Gang des Rechtes erfolgt.

3) Vgl. l. 16 pr. D. de min. 4, 4.

4) Die Restitution wird zutreffend mit der Begnadigung im Strafrecht verglichen. Die Römer nannten beides restitutio in integrum. Die abstrakte Regel des Rechtes wird oft der besonderen Lage des Falles nicht gerecht. Persönliches Eingreifen mildert die Härten, welche hieraus entstehen, durch Begnadigung im Gebiete des Strafrechtes, durch Restitution im Civilrechte. Wer wollte im übrigen die verschiedene Entwickelung und Stellung beider Institute verkennen?

Die Grundidee desselben aber ist, daß es Rechtgebiete giebt, in welchen eine gleichmäßige und allgemeine Ordnung durch Rechtsnormen unzweckmäßig oder unausführbar ist, so daß nichts übrig bleibt, als dem Richter anheimzugeben, im einzelnen Fall nach dessen Besonderheit das Erforderliche anzuordnen.

Wir finden zahlreiche Restitutionsfälle in den letzten Jahrhunderten der römischen Republik, denn damals machten sich neue Rechtsideen geltend, welche billig erschienen, aber noch nicht reif und völlig ausgetragen waren. Sie verwirklichten sich zunächst nicht durch allgemeine Rechtssätze, sondern durch prätorische Restitutionen je nach Lage des Falles. Allmählig aber verkörperte man jene Ideen in festen Rechtsordnungen, damit wurde die Restitution wieder zurückgedrängt.

II. Die späteren römischen Juristen führen sechs Restitutionsgründe auf;[5] indessen waren zu ihrer Zeit mehrere bereits abgestorben.

1. Wohl eine der ältesten Restitutionen war die wegen Zwanges. Seit aber dem Gezwungenen ordentliche Rechtsmittel, insbesondere die actio quod metus causa, halfen, kam Restitution wegen Zwanges nur noch unter besonderen Umständen vor, bei welchen diese Art der Hülfe vorzugsweise zweckmäßig schien.[6]

2. Wegen Irrthumes wurde von jeher nur unter besonderen Voraussetzungen restituirt.[7] Am häufigsten geschah dies im Prozeß.[8]

3. Die Restitution wegen Betruges war von beschränkter Anwendung.[9] Sie erhielt weitere Ausbildung nicht, seit man regelmäßig durch die actio doli Hülfe schaffte.[10]

4. Nach altrömischem Rechte wurde der Schuldner von seinen Schulden frei, wenn er capitis deminutio minima erlitten

---

5) Pauli sent. I 7 § 2. Integri restitutionem praetor tribuit ex his causis, quae per metum, dolum et status permutationem et justum errorem et absentiam necessariam et infirmitatem aetatis gesta esse dicuntur; vgl. l. 1, l. 2 D. de in integr. rest. 4, 1.

6) Vgl. oben § 103 S. 239.

7) Es gehörte hierher das Edikt quod eo auctore qui tutor non fuerit . . . si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem l. 1 §§ 2, 6 D. quod falso tutore 27, 6. Der Fall wurde nicht gemeinrechtlich. Andere meist gleichfalls antiquirte Fälle, in welchen in Rom wegen Irrthums restituirt wurde, zählt Vangerow Bd. 1 § 186 auf. Als gemeinrechtlich erachtet man wohl l. 1 § 17 in f. D. de separat. 42, 6. Vgl. Hollander, zur Lehre vom error S. 152 ff.

8) Die Restitutionsklage der C.P.O. § 580 gegen ein rechtskräftiges Urtheil hat zum Theil ihren Grund im Irrthume der Prozeßpartei. Das Nähere gehört in eine Darstellung des Prozeßrechtes.

9) Es gehörte hierher das Edikt: quae alienatio judicii mutandi causa facta erit dolo malo in integrum restituam. l. 4 § 3, l. 10 § 1 D. de alienatione 4, 7; Lenel, edictum S. 101.

10) Hiermit steht l. 7 § 1 D. de in integrum rest. 4, 1 nicht in Widerspruch.

hatte. Hiergegen ertheilte der Prätor den Gläubigern Restitution. Schließlich aber gab er ihnen eine Klage, wodurch er die Befreiung von Schulden wegen status mutatio ständig beseitigte.[11] Diese Art der Befreiung ist dem heutigen Rechte völlig fremd.

5. Minderjährigkeit und

6. nothgedrungene Versäumnisse begründeten ebenfalls Restitution.

Die beiden letzten Gründe allein hatten im justinianischen Rechte erhebliche Bedeutung.

Jede Restitution fordert:

a) eine Verletzung — Läsion —, gegen welche die Wiedereinsetzung geschieht und

b) einen Restitutionsgrund.

III. Das B.G.B. hat die Wiedereinsetzung in den früheren Stand nicht übernommen. Sie findet sich noch in Reichsgesetzen, welche das Verfahren betreffen.[12]

§ 140. Verletzung.

Die Restitution bringt Beschädigten Hülfe. Nicht bloß Vermögensschäden durch zugefügte Verluste oder entgangene Vortheile kommen dabei in Betracht, sondern auch andere Nachtheile.[1] Daher ist Restitution gegen familienrechtliche Geschäfte möglich, z. B. gegen Arrogation,[2] Anerkennung eines Kindes, Verlöbniß,[3] nicht aber gegen Eingehung einer Ehe, weil sie grundsätzlich nicht trennbar ist.[4]

Restitution soll in der Regel nicht ertheilt werden, wenn der Schaden gering ist und wenn er nur mit unverhältnißmäßigem Nachtheil geheilt werden kann. Dieser Gesichtspunkt kann namentlich bei der Restitution Minderjähriger in das Gewicht fallen.[5]

---

11) l. 2 § 1 D. de capite minutis 4, 5.

12) C.P.O. §§ 233 ff., 501, 707, Konk.O. § 165, Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit §§ 22, 34, 96.

1) l. 27 D. ex quibus causis 4, 6. Paulus libro 12 ad edictum. Et sive quid amiserit, vel lucratus non sit, restitutio facienda est, etiamsi non ex bonis quid amissum sit.

2) l. 3 § 6 D. de min. 4, 4.

3) R.G. Bd. 21 S. 181.

4) Savigny Bd. 7 S. 142; Windscheid Bd. 1 § 115 Anm. 13.

5) Nicht selten lehrt man, geringer Schade werde bei Restitutionen nicht berücksichtigt — minima non curat praetor; das dies aber so allgemein nicht richtig ist, ergiebt schon l. 4 D. de in integr. rest. 4, 1. Callistratus libro 1 edicti monitorii. Scio illud a quibusdam observatum, ne propter satis minimam rem vel summam, si majori rei vel summae praejudicetur, audiatur is, qui in integrum

Die Restitution wurde versagt

a) gegen Schaden, den man sich durch Dolus zugezogen hat,[6]

b) gegen den Verlust von Privatstrafklagen,[7]

c) gegenüber der 30jährigen oder längeren Verjährung,[8]

d) den Descendenten gegenüber ihren Ascendenten.[9]

§ 141. Minderjährigkeit und gleichgestellte Gründe.[1]

I. Die römische Restitution wegen Minderjährigkeit hielt sich ursprünglich in engen Grenzen; allmählig erweiterte man sie. Schließlich verfuhr man vielfach so lax, daß die Zwecke, welche man im Auge hatte, nicht mehr gewahrt blieben.

1. Das Edikt versprach Restitution gegen *Verhandlungen* — gesta — *des Minderjährigen* mit Dritten.[2] Man ertheilte sie jedoch sachgemäß auch gegen einseitige Erklärungen des Minderjährigen, sowie gegen Unterlassungen.[3]

Der Ausgangspunkt war die Absicht, Minderjährige gegen bewußte Uebervortheilung seitens Dritter zu schützen. Hieran hielt man aber nicht fest. Minderjährige sollen durch *Leichtsinn* und *Unerfahrenheit*, wie sie ihrem Alter eigen sind, nicht zu Schaden kommen.[4] Gegen Schaden, welcher in *Zufall* seinen Grund hat, werden sie nicht ge-

---

restitui postulat. Unter besonderen Umständen wird ein größerer Schaden verlangt, so l. 9 pr.. l. 49 D. de min. 4, 4, l. 1 C. si adversus vend. pignoris 2, 28. Die gewöhnlich hierher bezogenen l. 9 § 1 D. de min. 4, 4 und l. 1 C. si adversus don. 2, 29 versagen die Restitution nicht, weil der Schaden *gering* war, sondern weil *kein Schaden* vorlag. So mit Recht Windscheid Bd. 1 § 115 Anm. 6, vgl. dagegen Vangerow Bd. 1 § 176.

6) l. 9 § 2 und § 5 D. de min. 4, 4, l. 26 § 6 D. ex quibus causis 4, 6. l. 1, l. 2, l. 3 C. si minor se majorem 2, 42. Restitution von Minderjährigen gegen die Folgen ihrer bloß fahrlässig begangenen Delikte ist nicht schlechthin ausgeschlossen, denn solche Fahrlässigkeit kann bei Minderjährigen verzeihlich sein. Savigny Bd. 7 S. 139; a. Anf. Regelsberger Bd. 1 § 201 Anm. 7.

7) l. 37 pr. § 1 D. de min. 4, 4, l. 18 D. ex quibus causis 4, 6.

8) l. 3 C. de praescr. XXX ann. 7, 39. — Ueber die Unzulässigkeit der Restitution gegen Ablauf der Frist des § 3 Ziffer 2, 3 und 4 sowie § 4 des Anfechtungsgesetzes v. 21. Juli 1879, vgl. R.G. Bd. 17 S. 70.

9) l. 2 C. qui et adversus 2, 41. Vgl. überhaupt über die Beschränkungen der Restitution Vangerow Bd. 1 § 178 Anm. 2.

1) Vgl. oben § 53.

2) l. 1 § 1 D. de min. 4, 4. Praetor edicit: quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam. Ueber das gestum vgl. l. 7 pr. ff. D. de min. 4, 4, l. 9, l. 11 D. eod.

3) l. 8 C. de in integrum rest. 2, 21.

4) l. 1 pr. D. h. t. 4, 4, l. 5 pr. C. de in integr. rest. 2, 21 Diocletianus et Maximianus. Minoribus in integrum restitutio, in quibus se captos probare possunt, etsi dolus adversarii non probetur, competit. l. 3 § 7 D. h. t. 4, 4.

schützt.[5] Wenn indeß der Minderjährige Geschäfte eingeht, welche an sich vortheilhaft, aber gewagt sind und, da er sie nicht rasch genug abwickelt, Unfälle erleidet, so wird er dennoch restituirt.[6]

Die Restitution ist *nicht* dadurch ausgeschlossen, daß der Minderjährige unter *Konsens seines Kurators* gehandelt hat.

Auch Minderjährige in väterlicher Gewalt erhalten Restitution, trotzdem sie mit *väterlicher Ermächtigung* gehandelt haben.[7]

Dies, einseitig durchgeführt, mußte Geschäfte jeder Art mit Minderjährigen praktisch unmöglich machen und sie jedes Kredits berauben, überhaupt aber den Verkehr schädigen. Daher drang *Paulus* darauf, daß Minderjährige nicht ohne weiteres restituirt werden sollten, sondern nur, wenn ihre *Uebervortheilung* eine *offenkundige* sei oder wenn sie durch eigene *grobe Nachlässigkeit* beschädigt wären.[8] Dies ist nicht ohne nachhaltige Wirkung geblieben.[9]

---

5) l. 11 § 4 D. h. t. 4, 4. Ulpianus libro 11 ad edictum. Item non restituetur qui sobrie rem suam administrans occasione damni non inconsulte accidentis, sed fato velit restitui: nec enim eventus damni restitutionem indulget, sed inconsulta facilitas . . . unde Marcellus apud Julianum notat, si minor sibi servum necessarium comparaverit, mox decesserit, non debere eum restitui: neque enim captus est emendo sibi rem pernecessariam, licet mortalem.

6) l. 11 § 5 D. h. t. 4, 4. Ulpianus libro 11 ad edictum. Si locupleti heres extitit et subito hereditas lapsa sit (puta praedia fuerunt quae chasmate perierunt, insulae exustae sunt, servi fugerunt aut decesserunt): Julianus quidem libro 46 sic loquitur, quasi possit minor in integrum restitui. Marcellus autem apud Julianum notat cessare in integrum restitutionem: neque enim aetatis lubrico captus est adeundo locupletem hereditatem. et quod fato contingit, cuivis patrifamilias quamvis diligentissimo possit contingere. sed haec res adferre potest restitutionem minori. si adiit hereditatem, in qua res erant multae mortales vel praedia urbana, aes autem alienum grave, quod non prospexit posse evenire, ut demoriantur mancipia, praedia ruant, vel quod non cito distraxerit haec, quae multis casibus obnoxia sunt.

7) l. 3 §§ 4 ff. D. h. t. 4, 4.

8) Paulus libro 1 sententiarum l. 24 § 1 D. h. t. 4, 4. Non semper autem ea, quae cum minoribus geruntur, rescindenda sunt, sed ad bonum et aequum redigenda sunt, ne magno incommodo hujus aetatis homines adficiantur. nemine cum his contrahente et quodammodo commercio eis interdicetur: itaque *nisi aut manifesta cirumscriptio sit aut tam neglegenter in ea causa versati sunt, praetor interponere se non debet.* Die Flor.[1] liest autam, wonach Mommsen admodum auflöst, offenbar mit Recht; es entspricht der „manifesta“ circumscriptio, daß „admodum“ neglegenter folgt. Die facilitas, welche für Ulpian Restitutionsgrund ist, l. 44 D. h. t.. und die grobe Nachlässigkeit, welche Paulus fordert, sind sehr verschiedene Dinge. Die Ausführung von Paulus über die Restitution der Minderjährigen ist also von einem anderen Geiste getragen, als es die Erörterungen Ulpians sind. Auch an anderen Orten opponirt Paulus übertriebener Ausdehnung der Restitution, welche schließlich allen Kredit zerstören müßte. So in dem Falle, den er libro 1 decretorum — l. 38 D. h. t. berichtet. Aemilius Larianus hatte ein Grundstück unter lex commissoria gekauft, war vor dem Zahlungstage verstorben und von der unmündigen Rutiliana beerbt worden. Ihre Vormünder berichtigten den Kaufschilling trotz mehrfacher Mahnung

2. Da die Minderjährigen Restitution auch erhalten, wenn sie unter vormundschaftlicher Zustimmung gehandelt haben, so war es folgerecht, daß sie auch dann restituirt werden, wenn Vormünder für sie gehandelt hatten.[10] Nicht einmal die obervormundschaftliche Genehmigung schließt die Restitution aus.[11] Aber Dolus oder grobe Nachlässigkeit der Vormünder ist zu erfordern.[12]

3. Gemeinden theilte man hinsichtlich der Restitution die Rechte der Minderjährigen zu.[13] Das kanonische Recht gewährte sie auch kirchlichen Korporationen,[14] die Praxis juristischen Personen überhaupt, namentlich dem Fiskus, überwiegend auch den nichtminderjährigen bevormundeten physischen Personen, insbesondere Geisteskranken; nicht leicht aber Verschwendern.

4. Die Restitution wegen Minderjährigkeit wurde in einigen besonderen Fällen ausgeschlossen.[15]

Restitution eines Minderjährigen gegen einen Minderjährigen ist zulässig. Aber sie wird versagt, wenn sie dem beklagten Minderjährigen einen Verlust zufügen würde, durch welchen sein Vermögen thatsächlich gemindert werden würde.[16]

Für großjährig Erklärte erhalten wegen Handlungen oder Unterlassungen nach der Großjährigkeitserklärung keine Restitution.[17]

---

nicht. Der Verkäufer machte von der lex commissoria Gebrauch, die Rutiliana suchte Restitution nach. Die Vorinstanzen schlugen die Restitution ab, die Sache gelangte an den Kaiser: putabam bene judicatum, quod pater ejus, non ipsa contraxerat: imperator autem motus est, quod dies committendi in tempus pupillae incidisset eaque effecisset, ne pareretur legi venditionis. dicebam posse magis ea ratione restitui eam, quod venditor denuntiando post diem, quo placuerat esse commissum, et pretium petendo recessisse a lege sua videretur: non me moveri, quod dies postea transisset, non magis, quam si creditor pignus distraxisset, post mortem debitoris die solutionis finita. quia tamen lex commissoria displicebat ei, pronuntiavit: in integrum restituendam.

9) Vgl. l. 1 pr. C. qui et adversus quos 2, 41 von Alexander aus dem Jahre 232.

10) l. 47 pr. D. de min. 4. 4, l. 7 § 8, l. 49 D. eod., l. 2, 3, 5 C. si tutor 2, 24. Ebenso wenn der Vater als natürlicher Vormund für sie handelt, R.G. Bd. 15 S. 192, Seuff. A. Bd. 37 n. 178.

11) l. 11 C. de praediis vel aliis rebus 5, 71.

12) arg. l. 24 § 1 D. h. t. vgl. oben Anm. 8, siehe auch R.G. Bd. 15 S. 195. Seuff. A. Bd. 30 n. 224, Bd. 47 n. 178.

13) l. 4 C. quibus ex causis majores 2, 53.

14) cap. 1, 3, 6 X de integr. rest. 1, 41.

15) Die Fälle führt an Bangerow Bd. 1 § 83 Anm. 2. Es gehört hierher, daß Minderjährige nicht restituirt werden sollen, wenn sie jussu patris ein Darlehn aufnehmen l. 3 § 4 D. de min. 4, 4. Es ist dies freilich singulär.

16) l. 11 § 6 D. h. t. 4, 4, l. 34 pr. D. eod.

17) l. 1 C. de his, qui veniam 2, 44.

II. Die neuere Zeit hat die Restitution wegen Minderjährigkeit zunächst zurückgedrängt, schließlich beseitigt.

Im gemeinen Recht wurde die Ansicht herrschend, daß Minderjährige sich ohne Zustimmung von Vormündern nicht gültig verbinden können, ihre bezüglichen Handlungen galten also als nichtig,[18] womit Restitution gegen dieselben überflüssig wurde und wegfiel.

Restitution wurde daher nur ertheilt gegen Handlungen der Minderjährigen, welche sie mit vormundschaftlicher Zustimmung vornahmen, und gegen Handlungen und Unterlassungen der Vormünder. Die C.P.O. alter Fassung § 210 Abs. 1 beseitigte ferner die Restitution wegen Minderjährigkeit und gleichgestellter Fälle gegen Versäumnisse der Prozeßfristen und gegen richterliche Urtheile.

Die neuere Gesetzgebung des deutschen Reichs aber kennt keine Restitution wegen Minderjährigkeit. Sie gehört in Deutschland der Rechtsgeschichte an.

§ 142. Restitution gegen nothgedrungene Versäumnisse.

I. Gegen nothgedrungene Versäumnisse ertheilte der römische Prätor Wiedereinsetzung in den früheren Stand in weitgehender Weise.[1] [2]

1. Die Versäumnisse, gegen die man hierdurch Hülfe erlangte, sind mannigfachster Art. Die Restitution kann die Versäumung gerichtlicher Handlungen heilen, insbesondere der rechtzeitigen Erhebung der Klage behufs Unterbrechung einer Verjährung, sowie der Einhaltung von prozessualischen Fristen, an welche ein Rechtsmittel geknüpft ist. Aber auch gegen Versäumniß außergerichtlicher Handlungen wird restituirt, z. B. gegen den Nichtgebrauch einer Servitut, welcher deren Erlöschen zur Folge hatte. Unter Umständen kann Restitution selbst gegen Versäumung vertragsmäßiger Fristen ertheilt werden.[3]

---

18) Vgl. oben § 54 S. 122.

1) Es ist vorzugsweise Paulus libro 12 ad edictum l. 16 D. ex quibus causis majores 4, 6, welcher den Nothfall betont. Non enim negligentibus subvenitur. sed necessitate rerum impeditis. Von den Neueren hat Brinz Bd. 1 S. 418 ff. vor anderen auf diese Grundgedanken hingewiesen. Gewöhnlich spricht man von Verhinderung „wegen äußerer Hindernisse". Dies trifft unseres Erachtens nicht den Kern der Sache.

2) Das Edikt selbst stellte die Restitution wegen Nothversäumniß jedem Verletzten in Aussicht. Die Ueberschrift ex quibus causis majores XXV annis in integrum restituuntur wurde gewählt, weil die Altersrestitution diese entbehrlich machte. In neuerer Zeit ist die Restitution wegen Minderjährigkeit vielfach beschränkt, nun wird im Fall einer Nothversäumniß nicht selten auch für Minderjährige die Hülfe dieses Ediktes Bedürfniß.

3) Vgl. l. 41 und l. 43 D. ex quibus causis 4, 6.

2. Die Versäumniß muß eine nothgedrungene sein. Nicht absolute Unmöglichkeit wird gefordert. Es handelt sich um Hindernisse, welche nach den Lebensverhältnissen nicht vorhersehbar und vermeidbar waren.

Das prätorische Edikt hatte drei Klauseln:[4]

a) Abwesenheit des Beschädigten vom Orte, wo die Handlung zu vollziehen war, aus gerechter Furcht, oder im Staatsdienste, sofern nicht Dolus unterlief; ferner Gefängnißhaft, Sklaverei, Kriegsgefangenschaft des Beschädigten.

b) Abwesenheit des Gegners, dessen Gegenwart zur Handlung nothwendig, falls er nicht vertreten war, ferner gewisse andere Arten seiner Unzugänglichkeit, insbesondere Gefängnißhaft.

c) Analoge Anwendung auf andere Fälle verhieß eine clausula generalis. Es gehört hierher nothwendige Abwesenheit des Restitutionssuchers, auch wenn sie nicht in Staatsgeschäften beruhte,[5] und selbst freiwillig durch seine Verhältnisse bedingte Abwesenheit, vorausgesetzt daß unvorsehbare Versäumniß hieraus entstand.[6] Zufälle anderer Art geben gleichfalls Restitutionsgründe ab, z. B. Ueberschwemmungen und andere Unterbrechungen der Verkehrswege.[7]

3. Unterließ der Abwesende für die Zeit seiner Abwesenheit einen Vertreter zu bestellen, obgleich ihm dies möglich gewesen wäre, so wird er nicht restituirt, wenn ihm durch Versäumniß Schaden erwuchs; denn er selbst ist schuld. Warum sorgte er nicht für Vertretung.[8]

Hat er aber einen Vertreter bestellt und versäumt dieser nachlässigerweise die Wahrung der Rechte seines Auftraggebers, so wird die Sache zweifelhaft.

Manche römische Juristen erklärten sich in diesem Fall für Re-

---

4) Das prätorische Edikt giebt wieder l. 1 § 1 D. h. t. 4, 6. Es ist vervollständigt bei Lenel, edictum S. 96.

5) Insbesondere stellte man der Abwesenheit reipublicae causa diejenige der „legati civitatum" gleich, l. 8, l. 26 § 9 D. h. t., l. 1 C. quibus ex causis 2, 53.

6) l. 28 pr. D. h. t. Ulpianus libro 12 ad edictum. Nec non et si quis de causa probabili afuerit, deliberare debet praetor, an ei subveniri debeat, puta studiorum causa, forte procuratore suo defuncto: nec decipiatur per justissimam absentiae causam. Es besteht der Unterschied zwischen freiwilliger und nothwendiger Abwesenheit, daß man vor der ersteren seine Geschäfte ordnen kann, die zweite aber wenigstens regelmäßig nicht aufschiebbar ist. Deswegen wird die Restitution wegen freiwilliger Abwesenheit nicht so leicht ertheilt, als diejenige wegen nothwendiger Entfernung.

7) Vgl. l. 34 § 1, l. 35 D. de serv. pr. rust. 8, 3. R.G. in Seuff. A. Bd. 47 n. 260.

8) Manche bestreiten dies für die ediktmäßigen Fälle, insbesondere für die Restitution wegen reipublicae causa absentia. So Fritz in Lindes Zeitschrift, neue Folge Bd. 17 S. 63 und Brinz Bd. 1 S. 424. Richtig ist, daß das Edikt von der Nothwendigkeit, womöglich einen Vertreter zu bestellen, bei der Restitution wegen absentia reipublicae causa nicht spricht. Daher meint Fritz „lege non distinguente" ... Doch die Restitution ist in allen Fällen Hülfe, die der Prätor aus Billigkeit nach Ermessen der Umstände gewährt. Brinz betont mit Recht als Grund der Restitution die Noth. Ist dies ihre Grundlage, so folgt, daß sie dem nicht ertheilt werden kann, welcher den Verlust in Folge eigener Nachlässigkeit erlitt.

stitution. Denn der Verlust des Abwesenden ist hier mittelbar Folge seiner Abwesenheit. Wäre er anwesend geblieben, so hätte er selbst handeln können, und wenn dies geschah, so hätte ihm die Nachlässigkeit seines Vertreters nicht geschadet. Aber Paulus entschied sich gegen Restitution der Abwesenden wegen Nachlässigkeit ihrer Vertreter. Der Abwesende, mochte er annehmen, hat den Vertreter an seine Stelle gesetzt; was der Vertreter thut und unterläßt, ist so anzusehen, als hätte es der Vertretene selbst gethan und unterlassen.[9]

So tritt Paulus auch hier, wie bei der Restitution der Minderjährigen, übertriebener Ausdehnung der Restitution entgegen.

II. Dem entspricht die C.P.O. für die Restitution gegen die Fristen der Civilprozeßordnung. Bei dieser Restitution wird die Versäumung, welche in der Verschuldung eines Vertreters ihren Grund hat, wie eine durch den Vertretenen selbst verschuldete behandelt.[10]

Die Restitution der Civilprozeßordnung ist eine eigenartige. Sie wird gegen Versäumniß einer Nothfrist ertheilt, wenn die Verhinderung in Naturereignissen oder anderen unabwendbaren Zufällen beruht. Sie ist an eine Frist von 2 Wochen nach Hebung des Hindernisses gebunden.[11]

---

9) Ganz allgemein gewährt Ulpian — libro 12 ad edictum — dem legatus civitatis Restitution gegen Versäumnisse, auch wenn er einen procurator hatte, l. 26 § 9 D. h. t. 4, 6 . . . legatione quis pro civitate functus est: aequissimum est adjuvari eum debere, sive habuit procuratorem, sive non. Dagegen entscheidet Macer libro 2 de appellationibus l. 8 D. de in integrum rest. 4, 1 daß die reipublicae causa absentes und gleichgestellte Personen, wenn sie gegenüber einer Klage durch ihre Prokuratoren vertheidigt wurden, gegen das Judikat nicht restituirt würden, wohl aber gegen die Versäumniß der Appellation. Endlich spricht Paulus libro 1 sententiarum. l. 39 D. h. t. 4, 6 aus: Is qui rei publicae causa afuturus erat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum restitui volens non auditur. Paulus versagt also dem Vertretenen, wenn er durch eine Prokuratur defendirt werden konnte, die Restitution schlechthin. Aehnlich l. 1 C. quibus ex causis 2, 53 verb. „indefensus". Ueber zahlreiche Vereinigungsversuche berichtet Fritz in Lindes Zeitschrift Bd. 17 S. 68 ff. eingehend. Sie sind nicht gelungen. Wir haben der Ansicht des Paulus den Vorzug zu geben. Dafür sprechen innere Gründe. Vom Standpunkte der justinianischen Kompilation läßt sich hierfür anführen, daß Paulus die Frage selbständig in der l. 39 D. h. t. behandelt, während sich in der l. 26 § 9 D. h. t. von Ulpian nur eine gelegentliche Bemerkung findet.

10) C.P.O. § 232 Abs. 2. Diese Bestimmung gilt nur für Vertreter im eigentlichen Sinne, also für Personen, welche bezüglich der Prozeßführung an die Stelle der Partei getreten sind und einen selbständigen, auf eigener Erwägung und Verfügung beruhenden Einfluß auf Beginn und Fortgang des Prozesses üben. Hierzu gehören solche Personen — z. B. Postboten — nicht, deren Thätigkeit in bloßer Uebermittelung von Schriftstücken besteht. Sie sind nur Boten — nuntii — der Partei. So R.G. Bd. 10 S. 362 ff.

11) C.P.O. §§ 233 ff. Ueber die Restitution außerhalb des Prozesses vgl. die oben § 139 Anm. 12 angef. Gesetze.

§ 143. Durchführung der Restitution nach römischem Recht.

I. In Rom war die Restitution den höheren Magistraten vorbehalten.[1] Sie befanden über sie persönlich — extra ordinem. Die daraus sich ergebenden Klageansprüche wurden vor den Geschworenenrichter verwiesen.

1. In Folge dessen kam es häufig zu zwei getrennten Prozessen. Der erste — das judicium rescindens — beschränkte sich auf die Frage der Restitution; der zweite — das judicium rescissorium — bezweckte auf Grund des Restitutionsbescheides die Verurtheilung des Beklagten in der Hauptsache. So verfuhr man namentlich im Fall des Verlustes einer Klage wegen nothgedrungener Versäumniß. Der Restitutionsbescheid beseitigte nur das der Klage erwachsene Hinderniß, z. B. die Einrede der Verjährung. Ob die Klage an sich begründet, der Beklagte also in der Hauptsache, z. B. aus dem angeblichen Darlehen, zu verurtheilen sei, war Gegenstand eines zweiten Prozesses im ordentlichen Verfahren.[2]

2. Die Restitution ist als außerordentliche Hülfe subsidiär.[3] Sie wird also nicht gewährt, wenn dem Verletzten ordentliche Rechtsmittel offen stehen, es sei denn, daß diese nicht so vollständig oder nicht so sicher oder bequem zum Ziele führen.[4]

3. Die Restitution ist an eine Frist gebunden. Nach prätorischem Recht betrug dieselbe einen annus utilis. Justinian setzte sie auf 4 fortlaufend gezählte Jahre fest — quadriennium continuum.[5]

Die Frist läuft von der Verletzung an.[6] Aber die Minderjährigkeit des

---

1) l. 26 § 1 D. ad municipalem 50, 1.

2) Im Edikt wegen Abwesenheit versprach daher der Prätor Klage — actionem dabo — und stellte eine Klageformel auf. l. 1 § 1. l. 28 §§ 5 und 6 D. ex q. c. m. 4. 6; bei der Restitution der Minderjährigen behielt sich der Prätor das Verfahren vor — animadvertam — also ob er selbst entscheiden oder actionem rescissoriam geben wolle. Pernice in den Festgaben für Beseler S. 52.

3) l. 16 pr. D. de minoribus 4, 4. Ulpianus libro 11 ad edictum. In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem. nam si communi auxilio et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium: ut puta cum pupillo contractum est sine tutoris auctoritate nec locupletior factus est.

4) Insbesondere erhalten Minderjährige Restitution, wenn sie zwar möglicherweise im Wege des ordentlichen Rechtes obsiegen können, wenn dieser Sieg aber von einer Beweisführung abhängig wäre. R.G. Bd. 4 S. 160, l. 6 D. de minoribus 4, 4. Ulpianus libro 19 ad edictum. Minoribus XXV annis subvenitur per in integrum restitutionem non solum cum de bonis eorum aliquid minuitur, sed etiam cum intersit ipsorum litibus et sumptibus non vexari.

5) l. 7 C. de temporibus in integrum restitutionis 2, 52. Konstantin hatte in der l. 2 C. Th. de integri restitutione 2. 16 die Frist der restitutio minorum auf ein quinquennium, quadriennium oder triennium continuum gesetzt, je nachdem der Minderjährige in Rom, in Italien oder in der Provinz seinen Wohnsitz hatte. — Die Frist war nicht bloß für das Anbringen des Restitutionsgesuches bestimmt, vielmehr mußte innerhalb derselben das Verfahren zu Ende geführt sein. Dies hat die gemeinrechtliche Praxis nicht übernommen; es genügt das Anbringen des Gesuches innerhalb der Frist. Dieselbe hat hierdurch das Wesen einer Klagenverjährung angenommen.

6) Diese Formulirung kann auffallen, da die Frist in sehr vielen Fällen nicht schon mit der Verletzung beginnt. Aber sie ist gleichwohl grundsätzlich richtig und die Basis der bezüglichen Lehre. Von der gleichen Grundauffassung geht Justinian aus, wenn er in der l. 7 § 2 C. cit. verordnet: Et quemadmodum omnis minor aetas excipitur in minorum restitutionibus, ita et in majorum tempus, in

Berechtigten hemmt ihren Lauf, so daß erst von dessen Großjährigkeit an gezählt wird; auch die Abwesenheit in Staatsgeschäften und die gleichgestellten Umstände bilden Hemmnisse des Beginnes bis zu ihrer Beseitigung.

Nichtkenntniß der Verletzung hemmt den Lauf der Frist nicht.[7]

Erben kommt die Frist zu gute, soweit sie noch nicht gegen ihren Erblasser abgelaufen ist. Minderjährige Erben erhalten auf Grund ihrer Minderjährigkeit selbständige Restitution, wenn sie die von ihrem Erblasser überkommene Frist nicht wahren; sie läuft von ihrer Großjährigkeit an.[8]

4. Berechtigt ist der Verletzte. Der Anspruch ist vererblich,[9] er ist abtretbar.[10]

Die Person des Beklagten ergiebt sich aus dem Inhalte des Restitutionsanspruches.[11] Hiernach wird man z. B. gegen eine Ersitzung gegenüber dem jeweiligen Eigenthümer, gegen einen Erbschaftsantritt gegenüber allen Erbschaftsgläubigern und Vermächtnißnehmern restituirt.

Die Restitution der Minderjährigen wegen geschlossener Geschäfte geht in der Regel nur gegen den Mitkontrahenten — in personam; — aus besonderen Gründen aber auch gegen Dritte — in rem.[12]

5. Der Restitutionsbescheid[13] kann je nach der Sachlage und dem Klageantrage eine verlorene Klage oder ein anderes Rechtsmittel neu in das Leben rufen oder zu thatsächlicher Wiederherstellung eines früheren Zustandes verurtheilen. Die Wiederherstellung muß für beide Theile geschehen. Wird daher gegen ein Rechtsgeschäft Restitution nachgesucht, so ist der Beklagte nur unter der Bedingung zu verurtheilen, daß der Restitutionskläger auch seinerseits dasjenige zurückgewährt, was er vom Restitutionsbeklagten in Folge des angefochtenen Geschäftes erhalten hatte.[14] Erfolgt die Restitution aber gegen ein Geschäft mit einem Minderjährigen, so hat der Restitutionskläger nicht herauszugeben, was er während seiner Minderjährigkeit in Folge Leichtsinns oder Unerfahrenheit verloren hat.[15]

---

quo reipublicae causa afuerint vel aliis legitimis causis . . . fuerint occupati omne praecipiatur.

7) Dies ist zwar vielfach bestritten. Aber die l. 7 C. de temporibus 2, 52 schiebt den Beginn der Frist nur für die Zeit der Minderjährigkeit und der Abwesenheit auf. Hierauf allein bezieht sich der einleitende Satz „numerari ex die, ex quo annus utilis currebat". Hieran ist auch durch das kanonische Recht nichts geändert. Dasselbe spricht sich viel zu unbestimmt aus, als daß anzunehmen wäre, es beginne die Restitutionsfrist erst mit Kenntniß von der Läsion. Anders Keil im Archiv für civ. Praxis Bd. 38 n. 16, dagegen Vermehren ebendaselbst Bd. 39 n. 11.

8) Siehe l. 19 D. de min. 4. 4.

9) l. 24 pr. D. de min. 4, 4.

10) Bürgen kommt die Restitution wegen Minderjährigkeit des Hauptschuldners nicht zu gute, wenn sie, was die Regel ist, dem Gläubiger gerade Gewähr gegen die Gefahr der Restitution leisten sollten, l. 1, l. 2 C. de fidejussoribus minorum 21. 23, l. 7 § 1 D. de exc. 44. 1, l. 13 pr. D. de min. 4, 4.

11) Wetzel disp. de quaest. adversus quem rest. imploranda est. Marburger Programm 1850.

12) l. 13 § 1. l. 14 D. de min. 4. 4.

13) Der Restitutionsbescheid war nach gemeinem Rechte anerkanntermaßen ein Urtheil, welches in derselben Weise wie jedes andere Urtheil rechtskräftig wird. Auch in Rom hatte sich die Rechtskraft des Restitutionsbescheides ausgebildet, l. 1 ff. C. si saepius in integrum restitutio 2, 43.

14) l. 24 § 4. l. 27 § 1, l. 40 § 1, l. 47 § 1 D. de min. 4. 4, l. un. C. de reputationibus 2. 47.

6. Nur der Restitutionskläger kann die Ausführung des Restitutionsbescheides verlangen; der besiegte Theil kann sie nicht fordern, auch wenn sie ihm nachträglich günstig erscheinen sollte. [16]

II. Nach C.P.O. §§ 237, 238 entscheidet über den Antrag auf Wiedereinsetzung das Gericht, welchem die Entscheidung über die nachgeholte Prozeßhandlung zusteht. Das Verfahren über den Antrag auf Wiedereinsetzung ist mit dem Verfahren über die nachgeholte Prozeßhandlung zu verbinden.

Fünftes Kapitel.

Die Klagenverjährung.

§ 144. Die Verjährung im allgemeinen.[1]

1. Die Verjährung befestigt lange bestehende Verhältnisse. Die Zeit erhebt sie zu Rechten oder tilgt wenigstens entgegenstehende Rechte.

Das Recht wiegt schwerer in der Wage der Gerechtigkeit als der bloß thatsächliche Zustand. Aber das Zünglein neigt sich auf die Seite des letzteren, wenn das Gewicht der Jahre hinzutritt. Die Ordnungen, welche sich thatsächlich bilden und lange Zeit unangefochten bestanden, werden für die Lebensverhältnisse maßgebend. Sollen sie gleichwohl noch auf dem Wege Rechtens beseitigt werden, so entstehen Störungen, die weithin wirken. Mit Grund fordert man daher, daß sich die Rechte, um sich zu erhalten, rechtzeitig im Leben bewähren und gegen Verletzung reagiren. Was thatsächlich seit langem abgethan ist, ist auch rechtlich zum Untergange reif.

Die Verjährung bezweckt also den Schutz der Gegenwart gegenüber der Vergangenheit. [2]

Nicht jedes Verhältniß aber ist der rechtlichen Befestigung durch

---

15) l. 27 § 1 D. de min. 4, 4.

16) l. 41 D. de min. 4, 4.

1) Unterholzner, ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre, 2 Bände, 1. Auflage 1828, 2. Aufl. neu bearbeitet von Schirmer 1858. Dort findet sich Bd. 1 S. 17 Angabe der älteren Litteratur. Savigny Bd. 4 §§ 178, 199, Bd. 5 §§ 237 ff. — Bei den Römern bedeutete praescriptio eine Einrede, insbesondere die Einrede der Verjährung, „praescribere“ daher auch „verjähren“ Fitting, Ztschrft. d. Savignystiftung r. Abth. Bd. 9 S. 394, Bd. 14 S. 259. Seit dem Mittelalter wurde praescriptio der technische Ausdruck für Verjährung.

2) Papinian bezeichnet die Verjährung der Statusklagen als „publica tutela“. l. 2 § 1 D. ne de statu defunctorum 40, 15. Aehnlich Cassiodor var. V. 37: tricennalis autem humano generi patrona praescriptio. Die Ersitzung nennt Cicero pro Caecina cap. 26: finis sollicitudinis ac periculi litium.

Zeitablauf fähig oder bedürftig.[3] Und der Konflikt, um den es sich hier handelt, endigt bald rascher und leichter, bald später und schwerer mit dem Siege des bestehenden Zustandes. Daher giebt es kein einheitliches auf alle Verhältnisse gleichmäßig einwirkendes Verjährungsinstitut, wie solches seit dem Mittelalter bis in die neuere Zeit hinein angenommen wurde. Vielmehr bestehen nur einzelne Arten der Verjährung, in welchen sich die Verjährungsidee in sehr verschiedener Weise ausprägt.[4]

2. Die Verjährungsinstitute ordnen sich zwei Hauptklassen unter, nämlich der erwerbenden Verjährung — praescriptio acquisitiva — und der erlöschenden Verjährung — praescriptio exstinctiva.[5]

a) Die erwerbende Verjährung erhebt thatsächlich bestehende Zustände zu Rechten.

Hauptfall ist die Ersitzung des Eigenthumes — usucapio — d. h. Erwerb des Eigenthumes durch lange Zeit fortgesetzten Besitz, welchen man gutgläubig erlangt hat.[6] Die Ersitzung ist erwerbende Verjährung, weil sie Eigenthum erschafft. Allerdings erlischt gleichzeitig das Recht des bisherigen Eigenthümers. Aber dies gilt nur als die Kehrseite des Eintrittes eines neuen Eigenthümers.

Auch Servituten, Superficies und Emphyteusis werden durch Ersitzung begründet. Mit dieser Art der Ersitzung geht kein Untergang von Rechten Hand in Hand, vielmehr tritt nur eine Beschränkung des Eigenthums an der Sache ein, an welcher das dingliche Recht ersessen wird.

b) Die erlöschende Verjährung tilgt Rechte, welche nicht ausgeübt wurden.

Es endigen namentlich Servituten durch Nichtgebrauch — non usus. Das Eigenthum an der bisher dienenden Sache wird hierdurch verbessert; ein neues Recht entsteht nicht.

Von allgemeiner Bedeutung ist die Klagenverjährung d. h. das Erlöschen der Klagerechte durch Nichtanstellung der Klage während der Verjährungszeit. Die Lage des Schuldners wird durch diese Verjährung verbessert; er erwirbt aber nur eine Exception, also ein negatives Recht auf Abwehr, keine positive Berechtigung, wie der Ersitzende.

---

3) Insbesondere sind die s. g. res merae facultatis der Verjährung nicht fähig. Man versteht hierunter Bethätigungen der natürlichen und bürgerlichen Freiheit, z. B. Wohnen an einem Orte, Gewerbebetrieb. Vgl. Unterholzner Bd. 1 S. 88.

4) Dies hat namentlich Savigny Bd. 4 § 178 eindringlich hervorgehoben. Vgl. aber auch Windscheid Bd. 1 § 105 Anm. 6.

5) Die Ausdrücke sind dem römischen Rechte fremd, aber eingebürgert und nicht zu entbehren.

6) l. 3 D. de usurpat. et usucap. 41. 3.

3. Die erwerbende Verjährung begründet einen neuen Erwerbstitel, welcher dem Ersitzenden im Augenblicke der Vollendung der Ersitzung erwächst. Es giebt daneben eine besondere Art von Verjährung, welche nur die Vermuthung herstellt, daß das lange Zeit Geübte in ferner Vorzeit rechtlich begründet wurde. Dies ist die unvordenkliche Verjährung.[7] Da die Zahl der Jahre, binnen deren sich die unvordenkliche Verjährung vollzieht, nicht fest bestimmt ist, nennt man diese Verjährung praescriptio indefinita. Die anderen Arten der Verjährung sind an eine gesetzlich bestimmte Zeit geknüpft. Man nennt sie praescriptiones definitae.

4. Von der Verjährung ist zu unterscheiden die Befristung.[8] Die Befristung giebt dem befristeten Rechte von seiner Begründung an eine zeitliche Begrenzung; es wird nur für eine bestimmte Zeitspanne geschaffen. Mit deren Ablauf erlischt es von Rechtswegen. Die Verjährung dagegen tritt Rechten entgegen, die an sich zeitlich nicht beschränkt sind, die in unbestimmte Zeit hinein wirken sollen, denen aber die Verjährungseinrede den Lebensfaden abschneidet.[9]

§ 145. Entwickelung und Begriff der Klagenverjährung.

I. Die umfassendste Verjährung ist die der Klagerechte. Sie wurde in Rom allgemein erst seit der christlichen Kaiserzeit.[1]

1. Nach älterem römischen Rechte waren die dem Civilrechte entstammenden Klagen unverjährbar — perpetuae.[2] Die Zeit konnte ihnen nichts anhaben. Starre Konservirung einmal begründeter Rechte ohne Rücksicht auf Nützlichkeit ist ein Charakterzug des römischen Rechtes der älteren Zeit.[3]

Kurz verjährbar — temporales — waren dagegen die prätorischen Klagen regelmäßig,[4] die ädilicischen durchaus. Aus

7) Siehe unten § 160.

8) A. Ansicht Hölder, Pand. § 38 A. 1.

9) Grawein, Verjährung und gesetzliche Befristung 1880, Schwalbach in Iherings Jahrbüchern Bd. 20 n. 6. Gesetzliche Fristen sind unter anderem die prozessualischen, insbesondere die Berufungsfristen. Das B.G.B. kennt zahlreiche Befristungen.

1) Zur Geschichte der Klagenverjährung vgl. namentlich Demelius, Untersuchungen aus dem römischen Civilrecht 1856.

2) Eine Ausnahme machte die lex Furia. Nach ihr wurden Sponsionsbürgen und fidepromissores mit Ablauf von 2 Jahren von ihrer Bürgschaftsschuld befreit. Gaj. Inst. III § 121. Dies Gesetz beruhte auf besonderen politischen und socialen Erwägungen. Vgl. übrigens l. 4 D. de div. temp. praescr. 44, 3 und l. 25 D. de stip. serv. 45, 3.

3) An die Seite zu stellen ist das Vindikationsrecht des Eigenthümers auch gegenüber gutgläubigen Erwerbern vom Nichteigenthümer.

4) pr. J. de perpetuis 4, 12 . . . eas vero, quae ex propria praetoris juris-

Gründen der Utilität eingeführt, waren bei ihnen Erwägungen des Nutzens maßgebend. Namentlich waren die prätorischen Strafklagen kurz verjährbar; denn die Strafe muß der That auf dem Fuße folgen, wenn sie dem Rechtsgefühl entsprechen soll, es sei denn, daß es sich um besonders schwere Vergehen handelt, die nicht leicht vergessen werden.[5][6]

Die klassische Kaiserzeit unterwarf auch einige civilrechtliche Klagen der Verjährung. Einer Verjährung ähnlich war es, daß nach Ablauf von 5 Jahren von dem Tode von Personen an, die als Freie verstarben, Klagen, welche auf dem Leugnen dieser Freiheit beruhten, unzulässig wurden;[7] ferner verjährte die querella inofficiosi testamenti in 5 Jahren,[8] und Klagen aus besonderen fiskalischen Rechten erloschen nach 20 Jahren.[9]

2. Im Jahre 424 führten die Kaiser Honorius und Theodosius II. die allgemeine Klagenverjährung ein.[10] Rechte, welche eine Generation

---

dictione pendent, plerumque intra annum vivere, nam et ipsius praetoris intra annum erat imperium. Die letztere Bemerkung besagt nur, „diese Klagen sind ephemer, wie sie von einer ephemeren Gewalt ausgehen". Daß die Klagen mit dem Amtsjahre des Prätors verjährten, wird nicht gesagt und wäre unrichtig. Vgl. aber Ubbelohde tempus utile S. 34 ff.

5) Die prätorische actio furti manifesti auf das Vierfache des Gestohlenen war unverjährbar, da sie an Stelle der civilen Kapitalstrafe trat, also ohnehin eine erhebliche Milderung enthielt. Gaj. Inst. IV § 111. Es hätte auch eine kurze Verjährbarkeit dieser Klage das Rechtsgefühl verletzt, pr. J. de perpetuis et temporalibus actionibus 4. 12.

6) Die Form der prätorischen Edikte — in anno judicium dabo — legt die Annahme nahe, daß die actiones temporales „befristet", nicht „verjährbar" waren, vgl. oben § 144 Anm. 9. Die Klage wäre hiernach nur für bestimmte Zeit versprochen, nach deren Ablauf schlechthin unzulässig gewesen. Vgl. H. Fick, quid intersit quoad vim temporis in jus exercitam inter exceptionem temporis actionibus perpetuis opponendam et alias quas dicunt temporis praescriptiones, Marburg 1847, Demelius a. a. O. und Brinz Bd. 1 § 112. Es mag dies der ursprüngliche Gedanke des Ediktes gewesen sein. Nach Lenel, edictum perpetuum S. 226, war die exceptio annalis „ständiger" Formelzusatz. Die Ausbildung durch Jurisprudenz und Praxis geschah jedoch in der Weise einer Klagenverjährung. Man gab dem Beklagten die „exceptio temporis", eine „praescriptio", l. 30 § 5 D. de peculio 15, 1, l. 1 § 10 D. quando de peculio 15, 2, l. 48 § 2 D. de aedilicio edicto 21, 1. Hierin spricht sich aus, daß es sich um ein Gegenrecht des Beklagten, nicht um eine Beschränkung des Klagerechtes an sich handelte. Folgerecht ist anzunehmen, daß der Beklagte auf die Geltendmachung der Verjährungseinrede verzichten konnte. Die Frage ist übrigens bloß von historischem Interesse. Darüber besteht kein Streit, daß im justinianischen Rechte die actiones temporales nicht weniger wie die perpetuae einer wahren Verjährung unterliegen.

7) l. 3 D. ne de statu defunctorum 40, 15, l. 2 § 2 D. eod.

8) l. 8 § 17, l. 9 D. de inofficioso testamento 5, 2.

9) l. 13 pr. D. de diversis temp. praescr. 44, 3.

10) l. 3 C. de praescr. XXX annorum 7. 39, vgl. l. un. C. Theod. de actionibus certo tempore finiendis 4, 14. Die Entwickelung der Klagenverjährung aus einer älteren praescriptio XXX annorum, welche man den Besitzern fremder Objekte gewährte und die in der Mitte zwischen Ersitzung und Klagenverjährung stand, schildert Demelius a. a. O. S. 82 ff.

hindurch nicht geltend gemacht waren, sollten die Ruhe der Gegenwart nicht stören,[11] dem nachlässigen Gläubiger sollte kein Schutz zu Theil werden.[12] Hiernach verjähren die actiones perpetuae in 30 Jahren; die kürzeren Verjährungen blieben unberührt.

Nur Vermögensklagen unterstanden dieser Verjährung.[13][14][15]

Vereinbarungen, welche die Klagenverjährung bei einem Rechtsverhältniß im voraus ausschließen, sind *nichtig*;[16] Verzicht auf eine bereits erworbene Einrede der Klagenverjährung ist dagegen zulässig.[17]

II. Die römische Verjährung der actio nannte die gemeine Lehre Klagenverjährung. Windscheid wollte Verjährung der *Ansprüche* an die Stelle setzen. Dies sollte nicht bloß Aenderung des Namens, sondern auch des Wesens des Instituts sein.[18] Das B.G.B. hat den Namen

11) nov. Valentiniani tit. XXVI § 3 . . . lex patris, qua humano generi profunda quiete prospexit.

12) l. un. § 5 C. Theod. de actionibus 4, 13, „otioso nimis ac desidi", l. 1, l. 2, l. 3 C. de annali exceptione 7, 40.

13) Klagen auf Anerkennung eines Namens, eines Familienverhältnisses verjähren nicht. Hellmann im Arch. für civ. Prax. Bd. 84 S. 130. Vgl. B.G.B. § 194 Abs. 2.

14) Der Anspruch auf Theilung einer Gemeinschaft verjährt nicht, solange sich die Theilhaber als Mitberechtigte gegenseitig anerkennen. Hiervon abgesehen verjähren auch die Theilungsklagen, l. 1 § 1d C. de annali exceptione 7, 40, l. 3 C. fin. reg. 3, 39.

15) Die Ausnahmen des römischen Rechtes galten schon im gemeinen Recht nicht mehr; so l. 3 C. de longi temp. praescr. quae pro libertate 7, 22, l. 5 C. de praescr. XXX ann. 7, 39, l. 23 pr. C. de agricolis 11, 48. Nicht recipirt ist auch die *Unverjährbarkeit der Steuerforderungen des Fiskus*, welche in l. 6 C. h. t. 7, 39 beliebt wird. Windscheid Bd. 1 § 106 Anm. 3 findet freilich für die Beseitigung keinen Anhalt. Da es sich hierbei um Ansprüche des öffentlichen Rechtes handelt, so würde das B.G.B. an ihr nichts ändern. Indessen fehlt jeder Anhalt für die Reception. Daß eine so exorbitante Bestimmung in Deutschland irgendwo zur Anwendung gekommen sei, ist nicht zu erweisen. Vgl. Regelsberger Bd. 1 § 182 Anm. 1.

16) Ausdrücklich ist dies in den Quellen nicht gesagt. Es entspricht aber ihrem Sinne, daß keine Vermögensklage der Schlinge der Verjährung entzogen werden kann, vgl. l. 4 C. de praescriptione XXX ann. 7, 39. Die Nichtigkeit der Verträge über Unverjährbarkeit eines Rechtsverhältnisses wird auch seit Savigny Bd. 5 S. 411 allgemein anerkannt. Vgl. Grawein a. a. O. S. 135 ff. Ob jedoch auch der Verzicht auf die Geltendmachung der *kürzeren* Verjährungen schlechthin unzulässig ist, möchte zweifelhaft sein. Vgl. Wächter, Württemberg. Privatrecht § 119 Anm. 7. Daß die Verjährung im öffentlichen Interesse eingeführt ist, ist unbestreitbar. Aber es folgt daraus nicht, daß das öffentliche Interesse auch besonderen Verträgen über Ausschließung der kurzen Verjährbarkeit entgegensteht. Zu B.G.B. § 225: „Die Verjährung kann durch Rechtsgeschäfte weder ausgeschlossen noch erschwert werden. Erleichterung der Verjährung, insbesondere Abkürzung der Verjährungsfrist ist zulässig" vgl. bezüglich der Verjährung der Ansprüche wegen Sachmängel § 477 Abs. 1 letzter Satz.

17) Die Gegenansicht von Schwalbach in Iherings Jahrbüchern Bd. 19 S. 30 ff. wird aus der angeblichen Beseitigung des Begriffes exceptio im heutigen Rechte deducirt. Sie bedarf einer besonderen Widerlegung nicht. Vgl. oben § 137 Anm. 6.

18) Siehe Windscheid Bd. 1 § 106. Vgl. gegen Windscheid unsere früheren Auflagen.

Anſpruchsverjährung übernommen,[19] doch ihrem Weſen nach iſt ſie hier die gemeinrechtliche Klageverjährung geblieben.

III. Die Vorausſetzungen der gemeinrechtlichen Klagenverjährung, d. h. des Unterganges des Klagerechtes wegen Nichtgeltendmachung innerhalb der geſetzlichen Zeit, ſind folgende:

1. Entſtehung des Klagerechtes;
2. Ablauf der Zeit;
3. Nichtunterbrechung;
4. Bona fides deſſen, dem die Verjährung zu gute kommt, des ſ. g. Präſkribenten.

§ 146. Beginn der Klagenverjährung.

1. Mit dem Entſtehen des Klagerechtes auf Erfüllung — der actio nata — beginnt der Lauf der Verjährung.[1] Dies gilt allgemein.

Aeltere Schriftſteller lehrten freilich: toties praescribitur actioni nondum natae quoties nativitas est in potestate creditoris, d. h. die Verjährung beginne bereits, wenn die Befugniß zur Klageerhebung von Thatſachen abhänge, deren Eintritt in dem Willen des Gläubigers beruhe.[2] Allein dieſer Satz iſt dem römiſchen Rechte fremd; er iſt auch entbehrlich.[3]

Der Beginn der Verjährung perſönlicher und dinglicher Klagen beſtimmt ſich nach verſchiedenen Geſichtspunkten.

a) Perſönliche Klagerechte verjähren von der Fälligkeit der Forderung an, welche bei unbedingten und unbetagten Forderungen mit ihrer Begründung, bei betagten mit Eintritt des Termins, bei bedingten mit Erfüllung der Bedingung eintritt.[4]

---

19) B.G.B. § 194 Abſ. 1. Das Recht, von einem Anderen ein Thun oder ein Unterlaſſen zu verlangen (Anſpruch), unterliegt der Verjährung.

1) l. 3 § 1 C. de praescr. XXX ann. 7, 39. Quae ergo ante non motae sunt actiones triginta annorum jugi silentio, ex quo competere jure coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem. l. 1 § 1d C. de annali exceptione 7, 40 „ex quo ab initio competit et semel nata est“. Vgl. B.G.B. § 198: „Die Verjährung beginnt mit der Entſtehung des Anſpruchs. Geht der Anſpruch auf ein Unterlaſſen, ſo beginnt die Verjährung mit der Zuwiderhandlung.“

2) Schon in der Gloſſe opponere zu l. 7 § 3 C. de praescr. XXX ann. 7. 39 findet ſich eine entſprechende Anſicht.

3) Gegner der Regel iſt namentlich G. Thon, über die Verjährung einer auf Kündigung ſtehenden Forderung in Lindes Zeitſchrift Bd. 8 n. 1; Zrodlowski, über Nativität der Klage im Archiv für civ. Praxis Bd. 52 S. 14 bekämpft ſie gleichfalls, macht ihr aber erhebliche Konceſſionen. Windſcheid Bd. 1 § 107 Anm. 9 nimmt wiederum an, „wenn die Entſtehung eines Anſpruches auf den nackten Willen des Berechtigten geſtellt iſt“, beginne deſſen Verjährung „ehe er entſtanden ſei“.

4) l. 7 § 4 C. de praescr. XXX ann. 7, 39. Imp. Justinus. Illud autem

Streitig ist der Beginn des Klagerechtes bei Darlehen, über deren Rückzahlungszeit nichts vereinbart ist. Bei solchen Geschäften besteht die Erwartung, daß dem Schuldner die Schuldsumme längere oder kürzere Zeit belassen wird. Daher machen viele Schriftsteller die Entstehung des Klagerechtes und den Beginn der Verjährung von einer vorgängigen Aufforderung des Gläubigers zur Zahlung abhängig.[5] In der That aber ist die Darlehnsklage nicht hiervon abhängig. Sie erwächst dem Gläubiger vielmehr mit dem Vertragsschluß.[6] Man wendet ein, der Gläubiger sei durch die Nichtleistung in jenem Augenblick keinesfalls verletzt. Aber Verletzung ist nicht erforderlich; es genügt, daß ein gegenwärtiger rechtlicher Anspruch auf Erfüllung besteht, dem nicht Genüge geleistet ist.[7] [8]

Bestritten ist ferner der Beginn der Klagenverjährung bei Forderungen, die „nach Kündigung" zahlbar sind. Nicht wenige Schriftsteller sehen Forderungen, z. B. Darlehen, welche auf Kündigung stehen, als durch diese betagt an. Danach würde das Klagerecht erst mit der Kündigung erwachsen und die Verjährung erst von der Kündigung ab laufen.[9] Demnach könnte noch nach Jahrhunderten Klage angestellt werden, wenn die Kündigung versäumt oder nicht nachweisbar wäre. In Wirklichkeit soll aber die Hervorhebung der Rückzahlbarkeit nach Kündigung nur betonen, daß das Darlehen nicht auf bestimmte Zeit gegeben wird, daß es vielmehr beliebig zurückgefordert werden kann. Es besteht also kein sachlicher Unterschied zwischen einem Darlehen auf Kündigung und einem ohne Vereinbarung über die Rückzahlungszeit gegebenen Darlehen.[10] Die Verjährung läuft deshalb vom Abschluß des Dar-

---

plus quam manifestum est, quod in omnibus contractibus, in quibus sub aliqua condicione vel sub die certa vel incerta stipulationes et promissiones vel pacta ponuntur, post condicionis exitum vel post institutae diei certae vel incertae lapsum praescriptiones triginta aut quadraginta annorum, quae personalibus vel hypothecariis actionibus opponuntur, initium accipiunt.

5) So Savigny a. a. O. Bd. 5 S. 291 ff.

6) Siehe oben § 127. Vgl. namentlich Bangerow: Von welchem Zeitpunkte beginnt die Verjährung der Darlehnsklage? im Archiv für civ. Praxis Bd. 33 n. 12, l. 94 § 1 D. de solut. 46, 3.

7) Demelius, Untersuchungen n. 2 S. 111 ff.

8) R.G. Bd. 15 S. 178. Auch die Klage aus einem Depositum entspringt vom Augenblicke der Hingabe des Depositums l. 1 § 22 D. depositi 16, 3. Bangerow a. a. O. S. 306 ff. Allein der Depositar erkennt, solange er die deponirte Sache im Namen des Deponenten besitzt, dessen Recht auf Rückforderung an, deshalb ist inzwischen der Lauf der Verjährung unseres Erachtens gehindert.

9) G. Thon über die Verjährung in Lindes Zeitschrift Bd. 8 n. 8.

10) l. 48 D. de verb. obl. 45. 1. Ulpianus libro 26 ad edictum Si decem „cum petiero" dari fuero stipulatus, admonitionem magis quandam, quo celerius reddantur, et quasi sine mora, quam condicionem habet stipulatio: et

lehnsgeschäftes an, auch wenn Rückzahlung nach Kündigung vereinbart ist.

Noch zweifelhafter ist der Beginn der Verjährung bei Forderungen, die nach Ablauf einer Kündigungsfrist zahlbar sind. Eine solche Frist soll den Schuldner vor Ueberraschungen sichern. Sie soll ihm ermöglichen, die Zahlungsmittel bequem herbeizuschaffen. Es handelt sich also im Grunde um eine Modalität des Zahlungsgeschäftes. Die Darlehnsschuld selbst ist damit nicht betagt; sie ist jederzeit einklagbar, nur muß dem Schuldner die bedungene Facilität der Zahlung vorbehalten werden. Hiernach verjähren auch Darlehen unter Kündigungsfrist von dem Momente des Kontraktschlusses an.[11]

b) Dingliche Klagerechte verjähren von dem Augenblick an, in welchem sich ein Dritter mit dem Rechte des dinglich Berechtigten in thatsächlichen Widerstreit setzte.[12]

2. Sehr bestritten ist, ob die Verjährung auch gegen Klagen läuft, denen Einreden entgegenstehen. Für die Verneinung scheint zu sprechen, daß der Gläubiger in diesem Fall nicht mit Erfolg klagen kann, daß also von einer Nachlässigkeit desselben nicht die Rede ist, wenn er die Klage unterläßt. Dennoch ist dies nicht durchschlagend.[13]

a) Insbesondere kann man sich auf Verjährung auch berufen, wenn

---

ideo licet decessero priusquam petiero, non videtur defecisse condicio. Bangerow a. a. O. S. 312. So der Sache nach auch B.G.B. § 199 Satz 1.

11) Die Meinungen über diese Frage sind außerordentlich getheilt. Sehr viele Schriftsteller lassen die Verjährung erst anfangen, wenn die Kündigung wirklich erfolgt und die Frist abgelaufen ist, weil vorher die Anstellung der Klage rechtlich unmöglich sei. So u. a. Thon a. a. O. S. 3 ff., Savigny S. 295 ff. und auch Bangerow a. a. O. S. 312. Jedoch bemerken Unger Bd. 2 S. 410 Anm. 6, sowie O.L.G. Oldenburg Seuff. A. Bd. 46 n. 14, Regelsberger Bd. 1 S. 183 Anm. 4, welche diese Ansicht vom theoretischen Standpunkte aus theilen, daß diese Entscheidung mit dem ganzen Institut der Verjährung und dessen Tendenz in schneidendem Widerspruch stehe. Nach anderer Auffassung läuft die Verjährung von der Hingabe des Darlehns an unter Hinzurechnung der Kündigungsfrist. So u. a. Windscheid § 107 Anm. 9, Hölder, Pand. § 63, O.L.G. Hamburg in Seuff. A. Bd. 47 n. 92. Diese Auffassung nähert sich der hier vertretenen im praktischen Erfolg. Sie beruht aber auf anderen theoretischen Gesichtspunkten. B.G.B. § 199 S. 2 besagt: Hat der Verpflichtete die Leistung erst zu bewirken, wenn seit der Kündigung eine bestimmte Frist verstrichen ist, so wird der Beginn der Verjährung um die Dauer der Frist hinausgeschoben.

12) Solange Jemand, z. B. der Miether, im Namen des Eigenthümers besitzt, kann die Verjährung nicht anfangen, weil er das Recht des Eigenthümers anerkennt. Savigny a. a. O. Bd. 5 S. 285.

13) Savigny Bd. 5 S. 290 leugnet jeden Einfluß der Einreden auf den Lauf der Verjährung; Windscheid Bd. 1 § 109 Anm. 3 betrachtet es dagegen als Regel, daß die Verjährung nicht laufe, solange dem Anspruch eine Einrede entgegenstehe. Grundsätzlich steht auf der Seite Savignys: Schwalbach in Iherings Jahrbüchern Bd. 19 S. 49 ff. Vgl. ferner Thon in Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 68, Kohler in Grünhuts Ztschrft. Bd. 14 S. 18; Riemann, Verjährbarkeit der Einreden, Breslauer Inauguraldiss. 1890.

dem Klagrecht peremptorische Einreden entgegen stehen. Denn was dem vollgültigen Rechte den Lebensfaden abschneidet, muß dem ungültigen, ja dem bloß vermeinten Recht die Scheinexistenz um so mehr nehmen. Vom praktischen Standpunkt aus wäre es auch absurd, wenn der Kläger gegenüber der Einrede der Verjährung repliciren wollte, die eingeklagte Forderung sei durch peremptorische Einrede, z. B. Betrug, Zwang, entkräftbar, oder auch, sie sei durch Zahlung getilgt und unterstehe deshalb der Verjährung nicht.[14]

b) Dilatorische Einreden sind verschiedener Art. Einige, wie z. B. Stundungsverträge, vertagen die Forderung, welcher sie entgegenstehen. Sie nehmen demnach der Forderung ihre Fälligkeit und damit eine Voraussetzung für den Lauf der Klagenverjährung. Diese beginnt also erst von dem Zeitpunkte an, in welchem jene Einreden nicht mehr eingreifen.[15] Andere dilatorische Einreden dagegen nehmen der Forderung an sich die Fälligkeit nicht, sie machen nur Gegenrechte geltend; dahin gehören Retentionseinreden, Einreden des nichterfüllten Vertrags, Rechtswohlthaten des Bürgen. Solche Einreden hindern den Lauf der Verjährung nicht; es muß daher der Gläubiger, um sein Recht zu retten, suchen, sie während der Verjährungszeit zu beseitigen.[16]

§ 147. Zeitablauf. Ruhen der Verjährung.

1. Die gewöhnliche römische Verjährungszeit war 30 Jahre,[1] was in das B.G.B. § 190 übergegangen ist. Sie verlängerte sich in einigen Fällen; daneben gab es zahlreiche kürzere Verjährungen.

a) 40 Jahre erforderten Verjährungen, die sonst in 10, 20, oder 30 Jahren ablaufen, gegenüber Kirchen und milden Stiftungen nach der justinianischen Gesetzgebung,[2] gegenüber dem Fiskus nach über-

14) Die Einrede der Klagenverjährung hat auch unter anderem gerade den Zweck, die Vorschützung und den Beweis anderer Einreden überflüssig zu machen, nov. Valentiniani tit. XXVI pr.: quae alia improbum litigatorem tam valida defensio submovebit, si possessorem nec saecula defendunt.

15) Es wird dies für die Stundung durch Gläubigermehrheit verordnet. l. 8 § 7 C. qui bonis cedere possunt 7, 71. Darin liegt aber keine Singularität, sondern Anwendung eines allgemeinen Gedankens; siehe auch die oben Anm. 4 abgedruckte l. 7 § 4 C. de praescr. XXX ann. 7, 39. Vgl. Vangerow Bd. 1 § 147 Anm. 1 n. 3.

16) Der Sache nach übereinstimmend B.G.B. § 202.

1) l. 3 C. de praescr. XXX annorum 7, 39.

2) Nach der l. 23 C. de sacrosanctis ecclesiis 1, 2 vom Jahre 530 sollten Klagen der Kirchen und milden Stiftungen erst in 100 Jahren verjähren; die nov. 9 vom Jahre 535 übertrug dieses Recht der orientalischen Kirchen auf die Kirchen der neugewonnenen Länder des Occidents, die ecclesia romana. Die nov. 111 vom Jahre 541 beschränkte das Vorrecht der Kirchen wieder allgemein auf die Zeit von

wiegender gemeinrechtlicher Praxis.[3] Auch die actio hypothecaria verjährte in gewissen Fällen erst in 40 Jahren.[4] Das B.G.B. kennt keine Verjährung über 30 Jahre.

b) Der kürzeren Verjährung unterstanden in Rom zahlreiche prätorische Klagen. Nicht minder waren die ädilicischen Klagen wegen verborgener Mängel der Kaufsache kurz verjährbar und zwar die Klage auf Preisminderung — a. quanti minoris — in einem Jahr, die Klage auf Wiederaufhebung des Kaufes — a. redhibitoria — in 6 Monaten. Die kurze Verjährung der Klagen wegen Mängel der Kaufsache hat sich in das neuere Recht, insbesondere auch in das B.G.B. vererbt.

Außerdem hat die moderne Gesetzgebung kurze Verjährungsfristen in großem Umfang anerkannt. Vor Allem ist wichtig die kurze Verjährung der laufenden Schulden, welche das Leben fortwährend neu hervorruft und deren regelmäßige Beitreibung von einer guten Wirthschaft gefordert werden muß. Hierher gehören Schulden der Konsumenten an Kaufleute und Handwerker für Waaren und für Dienste, Kapital- und Miethzinsen, direkte Steuern.[5]

2. Wer in Folge Erbganges oder durch Singularsuccession von einem Präskribenten Besitz erhält, kann sich die Verjährungszeit seines Autors gegenüber dinglichen Klagen, insbesondere gegenüber der Eigenthumsklage anrechnen.[6] Eine Anrechnung ist aber unstatthaft, wenn der

---

40 Jahren; die nov. 131 cap. 6 deklarirte, daß den Kirchen 40 Jahre nur bei den Verjährungen zu gute kämen, die sonst 10, 20 oder 30 Jahre liefen. In der justinianischen Gesetzgebung hatte also die ecclesia romana kein Vorzugsrecht vor anderen Kirchen. Päbstliche Dekretalen nahmen Veranlassung, die ecclesia romana d. h. nun die Kirche des Papstes, mit dem Privilegium 100jähriger Verjährung auszustatten, cap. 13, 14, 17 X de praescr. 2, 26. Die Reception des kanonischen Rechtes schließt aber die Reception derartiger päbstlicher Privilegien nicht in sich. Eine Anwendung ist unerhört.

3) Heffter in Bekkers Jahrbuch des gemeinen Rechtes Bd. 6 n. 1, vgl. auch Heimbach im Archiv für civ. Praxis Bd. 48 n. 2. Eher gegnerisch Regelsberger Bd. 1 § 135 Anm. 1. Die Ansprüche des Fiskus aus besonderen fiskalischen Rechten verjähren in 20 Jahren, vgl. oben § 145 Anm. 9. Ueber die Berechnung im Falle der Abtretung einer Forderung des Fiskus an einen Privaten während des Laufs der Verjährung siehe R.G. Bd. 25 S. 189.

4) l. 7 § 2a. § 2b, § 3 C. de praescr. XXX ann. 7, 39.

5) B.G.B. §§ 196 ff. Ueber kurze Verjährungen der sonstigen Reichsgesetzgebung vgl. Mandry, Inhalt der Reichsgesetze S. 303.

6) Gegen die Zusammenrechnung ließe sich vom abstrakt juristischen Standpunkte aus einwenden, daß die successiven dinglichen Klagen von einander unabhängige, aus dem Besitz des jeweiligen Besitzers selbständig entspringende und mit ihm beginnende seien. Dennoch führten Zweckmäßigkeit und Billigkeit zur Anrechnung. l. 7 § 2b C. de praescr. XXX annorum 7, 39. Dernburg — der ältere — im Archiv für civ. Praxis Bd. 34 n. 12, vgl. auch Bekker in seinem Jahrbuch Bd. 4 S. 199. Auch B.G.B. § 221 gestattet Anrechnung.

Besitz des Beklagten dem des Vorbesitzers nur zeitlich folgte, ohne daß ein rechtlicher Zusammenhang bestand.[7]

3. In der Regel wird die Verjährung fortlaufend — continuo — berechnet. In einigen Fällen kürzerer Verjährung, insbesondere bei den ädilicischen Klagen, geschah nach römischem Recht die Berechnung utiliter.[8]

4. Gewisse Hemmnisse bewirken jedoch ein Ruhen auch der fortlaufend zu berechnenden Verjährung.

a) Insbesondere wurden sie nach römischem Recht gehemmt durch die Unmündigkeit des Klageberechtigten, mag er bevormundet sein oder nicht; ferner durch die Minderjährigkeit desselben bei Verjährungen unter 30 Jahren.[9]

b) Auch feindlicher Einbruch — tempus hostilitatis — hemmt die Verjährung.[10] Nicht minder ruht sie zeitweise in einigen anderen besonderen Fällen, in welchen objektive Hindernisse der Erhebung der Klage entgegenstehen, namentlich im Falle des Stillstandes der Rechtspflege.[11 12]

Hatte die Verjährung begonnen und ist sie eine Zeitlang gehemmt, so läuft sie nach Beseitigung des Hemmnisses weiter. Es wird also die vorher abgelaufene Zeit eingerechnet. Dagegen muß die Verjährung im Falle einer Unterbrechung von neuem beginnen.

§ 148. Unterbrechung der Klagenverjährung.

Unterbrechungsgründe sind Klageerhebung oder gleichstehende gerichtliche Schritte, sowie Anerkennung.

---

7) Vgl. l. 8 § 1a C. de praescr. XXX annorum 7, 39. Ein Haus wird z. B. in Kriegszeiten von seinem flüchtenden Eigenthümer A. verlassen, darauf von B. als vermeintlich herrenlos in Besitz genommen und 20 Jahre besessen, endlich nach dessen Tode von einem Dritten C. okkupirt, der es 10 Jahre besitzt. In diesem Fall hat C. die Verjährung gegenüber der Eigenthumsklage des A. nicht vollendet, da ihm die Zeit des B. nicht zu Gute kommt.

8) Vgl. oben § 90.

9) l. 3 § 1a C. de praescr. XXX annorum 7, 39. Non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupillari aetate dumtaxat, quamvis sub tutoris defensione consistit, huic eximenda sanctioni, nam cum ad eos annos pervenerint, qui ad sollicitudinem pertinent curatoris, necessario eis similiter ut aliis annorum triginta intervalla servanda sunt. l. 5 § 1 C. in quibus causis in integrum restitutio 2, 40. Vgl. B.G.B. § 206.

10) cap. 10 X h. t. 2, 26, Marezoll in Lindes Zeitschrift Bd. 7 n. 8.

11) Spezialfälle, in denen die Klagenverjährung ruht, sind l. 1 § 2 C. de annali exceptione 7, 40. l. 30 § 2 C. de jure dotium 5, 12, l. 22 § 11 C. de jure deliberandi 6, 30. vgl. auch § 29 J. de rer. div. 2, 1. Man hat den Satz aufgestellt: agere non valenti non currit praescripto. Derselbe ist aber Mißdeutungen ausgesetzt. Er betrifft nur objektive Jedem entgegenstehende Hindernisse, nicht aber bloß subjektive in der Person des Gläubigers liegende.

12) Vgl. B.G.B. § 203.

1. Vor allem geschieht die Unterbrechung durch Klageerhebung. Diese sah das klassische Recht erst in dem zweiseitigen Akte der Litiskontestation.[1] Nach justinianischem Recht[2] genügt der einseitige Akt der Erhebung der Klage. So auch nach der C.P.O.[3]

Richtiger Ansicht nach blieb die Verjährung unterbrochen, wenn der Kläger von der Klage[4] abstand, sowie dann, wenn er „angebrachtermaßen",[5] oder weil er bei einem unzuständigen Gerichte klagte, abgewiesen wurde;[6] doch war dies Alles sehr streitig. Das B.G.B. § 212 Abs. 1 und 2 trifft vermittelnde Vorschriften.

Erhebung einer Klage unterbricht die Verjährung aller auf das gleiche Ziel gerichteten Klagen des Klägers gegen den Beklagten.[7]

Klage bei einem Schiedsgerichte steht der Klage bei dem ordentlichen

---

1) l. 8 § 1 D. de fidejussoribus et nominatoribus 27, 7, l. 9 § 3 D. de jurejurando 12, 2.

2) Etiam per solam conventionem l. 7 pr. C. de praescr. XXX ann. 7, 39, l. 3 § 1 C. eod.

3) C.P.O. § 267.

4) Vgl. Aschrott bei Gruchot Beiträge Bd. 28 S. 622, siehe auch unten Anm. 11. Anders aber Seuff. A. Bd. 48 n. 243.

5) R.G. Bd. 5 S. 122, siehe unten § 157 Anm. 5.

6) So auch R.G. Bd. 24 S. 199, O.L.G. Rostock in der Mecklenburger Ztschrft. für Rechtspflege Bd. 11 S. 8. Regelsberger Bd. 1 § 184 Anm. 1a. Die entgegengesetzte Ansicht war bis in die neueste Zeit die herrschende. Sie sucht ihre Hauptstütze in der l. 7 C. ne de statu defunctorum 7, 21. Diocletianus et Maximianus. Si pater tuus veluti ingenuus vixit nec status controversiam, quasi fisci servus esset, apud praesidem provinciae, qui super hujusmodi quaestionibus judicare solet, sed apud curatorem reipublicae non competentem judicem passus est, postque mortem ejus quinquennium fluxit, status tuus ex praescriptione, quae ex senatus consulto emanat, protectus est. Wer thatsächlich und unangefochten zur Zeit seines Todes im Besitz seiner Freiheit war, dessen Status sollte, wenn er nicht innerhalb der Zeit von 5 Jahren vom Tode ab gerichtlich in Frage gestellt war, jeder weiteren Anfechtung enthoben sein, so daß dessen Nachkommen und Erben geschützt waren. Dieser Satz war begreiflich ein eminent populärer, ein Schutz vor allem für die niederen Volksklassen. Es ist daher wohl begreiflich, daß ihn Diokletian nur ausschließt, wenn der Status des Verstorbenen durch eine richtige bei dem zuständigen Gericht angebrachte Klage zu dessen Lebzeiten bekämpft war, aber nicht, wenn bei unzuständigen Behörden Klage gegen ihn angebracht war. Es ist unzulässig, hieraus ein allgemeines Princip für die Klagenverjährungen herzuleiten. Denn es handelt sich hier nicht um eine Klagenverjährung, sondern um eine an einen Zeitablauf geknüpfte unwiderlegliche Rechtsvermuthung. Es bestanden ferner besondere Gründe dafür, den Eintritt dieser Vermuthung zu begünstigen, welche bei einer Klagenverjährung nicht eingreifen. Vgl. Hellmann im Archiv für civ. Praxis Bd. 66 n. 7.

7) l. 3 C. de annali exceptione 7, 40. Die persönliche Klage unterbricht die Verjährung der Pfandklage und umgekehrt, desgleichen richtiger Ansicht nach eine — vergebliche — Klage aus dem Besitz die der Eigenthumsklage. Auch die Erhebung einer Feststellungsklage unterbricht die Verjährung der hierauf gegründeten Klage auf Verurtheilung zu einer Leistung. Dagegen unterbricht der Antrag auf Bewilligung des Armenrechtes für die anzustellende Klage deren Verjährung nicht. Dies ist ein vorbereitender Schritt, keine vorbereitende Klage, R.G. in Gruchots Beiträgen Bd. 26 S. 1111.

Gerichte gleich.[8] Selbst die gerichtlichen Schritte, welche auf die Bildung des Schiedsgerichtes abzielen, genügen.[9]

Anmeldung einer Konkursforderung im Konkurse des Schuldners ist zwar keine Klage; aber sie ist der nothwendige Weg zur Geltendmachung im Falle des Konkurses des Schuldners. Deshalb unterbricht sie die Klageverjährung.[10]

Auch Zustellung des Zahlungsbefehles im Mahnverfahren unterbricht die Verjährung der Klage.[11]

Streitverkündigung — Litisdenunciation — wurde nach gemeinem Rechte als Unterbrechungsgrund nicht angesehen.[12]

Keinenfalls unterbricht Vorschützung einer Einrede die Verjährung derjenigen Klage, welche mit ihr das gleiche Fundament hat; denn sie enthält weder einen gerichtlichen Angriff noch die Vorbereitung eines solchen.[13][14]

2. Eine Unterbrechung bewirkt auch die schriftliche oder in konkludenten Thatsachen liegende Anerkennung[15] des Ver-

8) l. 5 § 3 C. de receptis 2, 55.

9) C.P.O. § 1029. Weiter noch geht B.G.B. § 220.

10) Vgl. B.G.B. § 209 Ziff. 2. Die Unterbrechung wird nach inneren Gründen durch Zurücknahme der Anmeldung nicht zunichte. Anders R.G. Bd. 33 S. 394 und B.G.B. § 214.

11) Sie bildet eine conventio, d. h. gerichtliche Verfolgung des Rechtes. Nicht wenige Schriftsteller suchen die Unterbrechung der Klagenverjährung durch den Zahlungsbefehl dadurch zu begründen, daß der Zahlungsbefehl die Sache rechtshängig mache, da sie die Unterbrechung der Klagenverjährung als Folge der Rechtshängigkeit ansehen. Diese Schriftsteller kommen aber zu dem unerfreulichen Ergebniß, daß die Unterbrechung als nicht geschehen anzusehen ist, wenn sich die Rechtshängigkeit hinterher erledigt, weil das Verfahren nicht in Gemäßheit der §§ 697 und 701 der C.P.O. verfolgt wird. Ihre Deduktion beruht unseres Erachtens auf Fehlschlüssen. Die Unterbrechung der Klagenverjährung ist nicht Folge der Rechtshängigkeit, sollte daher bestehen bleiben, wenn diese nachträglich zusammenfällt. Vgl. Aschrott in Gruchots Beiträgen Bd. 28 S. 618, R.G. Bd. 17 S. 282, Bd. 24 S. 199, bezüglich der Wechselsachen Bolze im Archiv f. civ. Pr. Bd. 68 n. 1. B.G.B. § 213 schließt sich der hier bekämpften Ansicht an.

12) R.G. Bd. 10 S. 290, Bd. 24 S. 210. Nach B.G.B. § 209 Ziff. 4 unterbricht die Streitverkündung. Doch muß der Berechtigte binnen 6 Monaten nach Beendigung des Prozesses klagen, B.G.B. § 215.

13) Regelsberger Bd. 1 § 184 Anm. 5 sieht die Unterbrechung auch im Vorbringen einer Kompensationseinrede. Ebenso B.G.B. § 209 Ziff. 3 unter der in Anm. 12 angegebenen Voraussetzung.

14) Im Fall thatsächlicher Unmöglichkeit der Klageerhebung genügte nach justinianischem Rechte zur Unterbrechung Protestation bei Gericht, eventuell bei der Ortsobrigkeit, äußerstenfalls durch öffentliche Anschläge am Wohnorte des Gegners vgl. l. 2 C. de annali exceptione 7, 40. Das B.G.B. kennt das nicht; einen Ersatz gewährt die öffentliche Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung nach C.P.O. §§ 203 und 204.

15) Nicht jede Anerkennung genügt, l. 7 § 5a C. de praescr. 7, 39, l. 4 pr. C. de duobus reis 8, 39: ... debitum agnoverint vel per solutionem vel per alios modos, quos in anterioribus sanctionibus interruptionibus et invenimus positos et nos ampliavimus. Die Anerkennung muß sich manifestiren durch Schrift oder einen realen Vorgang. Einfache mündliche Anerkennung reicht nicht aus. Demelius

pflichteten gegenüber dem Gläubiger.[16] Es gehört hierher namentlich Ausstellung eines Schuldscheines, Zahlung von Zinsen, Zahlung eines Theiles der Schuld als Abschlagszahlung, Bestellung einer Sicherheit.[17]

3. Der Lauf der Klagenverjährung beginnt aufs neue, sowie die Unterbrechungsthatsache der Vergangenheit anheimfällt, also namentlich im Falle der Klageerhebung, sowie die Streitsache nicht mehr rechtshängig ist, im Falle der Zahlung von Zinsen von diesem Augenblicke an.[18] Die dem bezüglichen Klagerecht etwa eigenthümliche kürzere Verjährungszeit tritt auch nach der Unterbrechung wieder ein. Dreißigjährige Verjährung ist dagegen erforderlich, wenn die Schuld durch Judikat festgestellt oder wenn sie in eine Darlehensschuld umgewandelt wurde.[19]

Solange die Klage rechtshängig ist, welche die Verjährung unterbrach, kann eine Klagenverjährung nicht wieder beginnen. Es tritt aber eine eigenartige Verjährung der Litispendenz ein.[20] Dieselbe läuft von dem jeweiligen letzten prozessualischen Akte, vollendet sich in 40 Jahren und macht dem Prozeß und dem Klagerechte ein Ende.

§ 149. Bona fides.[1]

1. Kenntniß des Verpflichteten von seiner Verpflichtung hindert nach römischem Rechte nicht Beginn und Vollendung einer Verjährung zu seinen Gunsten.

2. Nach kanonischem Rechte[2] schließt dagegen mala fides

---

a. a. O. S. 63, Bruns, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 1 S. 108. Regelsberger Bd. 1 § 184 Anm. 8 führt aus, Theorie und Praxis in Deutschland habe von jeher dem „mündlichen Zahlungsversprechen" unterbrechende Wirkung beigelegt, das bilde eine bindende Uebung. Auch B.G.B. § 208 begnügt sich mit jedweder Anerkennung.

16) R.G. Bd. 15 S. 178.

17) Ist der Gläubiger fehlerfrei im Besitz von Pfändern, so hindert dies zweifelsohne die Verjährung der versicherten Forderung, soweit sie aus den Pfändern befriedigt werden soll. Uebergabe eines Pfandes während der Verjährungszeit durch den Schuldner ist Anerkennung der Forderung und unterbricht als solche deren Verjährung schlechthin. Mehr ist aus l. 7 § 5 C. h. t. 7, 39 nicht zu folgern. Anders Löwenstein I im Archiv f. civ. Praxis Bd. 73 S. 266.

18) l. 8 § 4 C. h. t. 7, 39. Savigny S. 306 ff., neuerdings auch Regelsberger Bd. 1 § 183 Anm. 5, behaupten, daß eine geleistete Zinszahlung die Verjährung noch bis zum nächsten Zinstermine ausschließt. Dagegen mit Recht Windscheid § 108 Anm. 2 und die meisten Schriftsteller.

19) Vgl. auch B.G.B. § 218.

20) l. 9 C. de praescr. XXX ann. 7, 39, Linde in seiner Zeitschrift Bd. 2 S. 153. Vgl. B.G.B. § 211.

1) Hildenbrand im Archiv für civ. Praxis Bd. 36 n. 2; O. Reich, Entwickelung der kanonischen Verjährungslehre 1880; Ruffini la buona fede in materia di prescrizione Torino 1892.

2) cap. 20 X de praescriptionibus 2, 26. Innocentius III in concilio generali. Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, synodali judicio

dessen, der eine fremde Sache besitzt, die Verjährung dinglicher und persönlicher Klagen auf deren Herausgabe aus. Die Klagenverjährung läuft also nicht, wenn der Präskribent weiß, daß er die fremde Sache widerrechtlich besitzt; sie wird unterbrochen, wenn er dessen nachträglich gewiß wird.

Schuldklagen auf Leistungen anderer Art verjähren, auch wenn der Verpflichtete seine Verpflichtung während der Verjährungszeit kannte.[3]

3. Das B.G.B. kennt das Erforderniß des guten Glaubens nicht.

§ 150. Die Wirkungen der Klagenverjährung.[1]

1. Die Verjährung der dinglichen Klage hat den Untergang des zu Grunde liegenden dinglichen Rechtes an und für sich nicht zur Folge. Insbesondere erlischt das Eigenthumsrecht nur dann, wenn der Präskribent seinerseits durch Ersitzung Eigenthümer wird.[2] Allerdings ist es nach Verjährung der Eigenthumsklage kraftlos, so lange der Präskribent im Besitze ist; aber es besteht noch und wird wieder wirksam, wenn etwa der Präskribent aus dem Besitze kommt.

2. Hinsichtlich der Verjährung der persönlichen Klagen stehen sich die Vertheidiger einer stärkeren und die einer schwächeren Wirkung gegenüber.

Die ersteren betrachten den Untergang der Forderung selbst oder,

---

diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis, quum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut qui praescribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae, vgl. cap. 3, cap. 5 X eod.

3) Es giebt 3 Hauptansichten: a) nach der einen bezieht sich die Entscheidung von Innocenz III. nur auf Realklagen, nicht auf persönliche Klagen. Sie vertrat bereits Bartolus zu l. 4 § 27 D. de usurp. et usuc. 41, 3; b) nach einer anderen wird bona fides bei allen Klagen, dinglichen und persönlichen, gefordert, welche die Herausgabe einer fremden Sache bezwecken. Sie entwickelte Henricus de Cocceji de finibus bonae fidei in praescriptionibus 1694 in exercit. I p. 1476; c) eine dritte Ansicht verlangt bei jeder Klagenverjährung ohne Unterschied bona fides. Die dritte Ansicht stützt sich auf die ratio, welche das Gesetz angiebt, die zweite auf die schließliche Bestimmung des Gesetzes. Da es sich um ein korrektorisches Gesetz handelt, so giebt man mit Grund in neuerer Zeit der zweiten Ansicht den Vorzug. Dieselbe ist jedenfalls dem Wesen der Klagenverjährung angemessen und zweckmäßig. Anders Reich a. a. O., Ruffini a. a. O. S. 124, 154.

1) Daß und warum die Verjährung nur eine Exception erzeugt, das Klagerecht aber nicht von selbst tilgt, darüber vgl. oben § 137 Ziff. 3 b.

2) Dies war von Bedeutung im justinianischen Rechte. Denn hier war auch der malae fidei possessor nach 30 Jahren durch die Verjährungseinrede geschützt, während er Eigenthum wegen des Fehlens der bona fides nicht ersaß. Nach kanonischem Rechte dagegen läuft die Klagenverjährung gegen die Eigenthumsklage nur dem gutgläubigen Besitzer; dieser ersitzt aber mit deren Ablauf in der Regel die Sache vgl. unten § 222.

Anſpruchsverjährung übernommen,[19] doch ihrem Weſen nach iſt ſie hier die gemeinrechtliche Klageverjährung geblieben.

III. Die Vorausſetzungen der gemeinrechtlichen Klagenverjährung, d. h. des Unterganges des Klagerechtes wegen Nichtgeltendmachung innerhalb der geſetzlichen Zeit, ſind folgende:

1. Entſtehung des Klagerechtes;
2. Ablauf der Zeit;
3. Nichtunterbrechung;
4. Bona fides deſſen, dem die Verjährung zu gute kommt, des ſ. g. Präſkribenten.

§ 146. Beginn der Klagenverjährung.

1. Mit dem Entſtehen des Klagerechtes auf Erfüllung — der actio nata — beginnt der Lauf der Verjährung.[1] Dies gilt allgemein.

Aeltere Schriftſteller lehrten freilich: toties praescribitur actioni nondum natae quoties nativitas est in potestate creditoris, d. h. die Verjährung beginne bereits, wenn die Befugniß zur Klageerhebung von Thatſachen abhänge, deren Eintritt in dem Willen des Gläubigers beruhe.[2] Allein dieſer Satz iſt dem römiſchen Rechte fremd; er iſt auch entbehrlich.[3]

Der Beginn der Verjährung perſönlicher und dinglicher Klagen beſtimmt ſich nach verſchiedenen Geſichtspunkten.

a) Perſönliche Klagerechte verjähren von der Fälligkeit der Forderung an, welche bei unbedingten und unbetagten Forderungen mit ihrer Begründung, bei betagten mit Eintritt des Termins, bei bedingten mit Erfüllung der Bedingung eintritt.[4]

---

19) B.G.B. § 194 Abſ. 1. Das Recht, von einem Anderen ein Thun oder ein Unterlaſſen zu verlangen (Anſpruch), unterliegt der Verjährung.

1) l. 3 § 1 C. de praescr. XXX ann. 7, 39. Quae ergo ante non motae sunt actiones triginta annorum jugi silentio, ex quo competere jure coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem. l. 1 § 1d C. de annali exceptione 7, 40 „ex quo ab initio competit et semel nata est“. Vgl. B.G.B. § 198: „Die Verjährung beginnt mit der Entſtehung des Anſpruchs. Geht der Anſpruch auf ein Unterlaſſen, ſo beginnt die Verjährung mit der Zuwiderhandlung.“

2) Schon in der Gloſſe opponere zu l. 7 § 3 C. de praescr. XXX ann. 7, 39 findet ſich eine entſprechende Anſicht.

3) Gegner der Regel iſt namentlich G. Thon, über die Verjährung einer auf Kündigung ſtehenden Forderung in Lindes Zeitſchrift Bd. 8 n. 1; Zrodlowski, über Nativität der Klage im Archiv für civ. Praxis Bd. 52 S. 14 bekämpft ſie gleichfalls, macht ihr aber erhebliche Konceſſionen. Windſcheid Bd. 1 § 107 Anm. 9 nimmt wiederum an, „wenn die Entſtehung eines Anſpruches auf den nackten Willen des Berechtigten geſtellt iſt“, beginne deſſen Verjährung „ehe er entſtanden ſei“.

4) l. 7 § 4 C. de praescr. XXX ann. 7, 39. Imp. Justinus. Illud autem

Streitig ist der Beginn des Klagerechtes bei *Darlehen*, über deren Rückzahlungszeit nichts vereinbart ist. Bei solchen Geschäften besteht die Erwartung, daß dem Schuldner die Schuldsumme längere oder kürzere Zeit belassen wird. Daher machen viele Schriftsteller die Entstehung des Klagerechtes und den Beginn der Verjährung von einer vorgängigen Aufforderung des Gläubigers zur Zahlung abhängig.[5] In der That aber ist die Darlehnsklage nicht hiervon abhängig. Sie erwächst dem Gläubiger vielmehr mit dem Vertragsschluß.[6] Man wendet ein, der Gläubiger sei durch die Nichtleistung in jenem Augenblick keinesfalls *verletzt*. Aber Verletzung ist nicht erforderlich; es genügt, daß ein gegenwärtiger rechtlicher Anspruch auf Erfüllung besteht, dem nicht Genüge geleistet ist.[7][8]

Bestritten ist ferner der Beginn der Klagenverjährung bei Forderungen, die „*nach Kündigung*" zahlbar sind. Nicht wenige Schriftsteller sehen Forderungen, z. B. Darlehen, welche auf Kündigung stehen, als durch diese betagt an. Danach würde das Klagerecht erst *mit der Kündigung* erwachsen und die Verjährung erst von der Kündigung ab laufen.[9] Demnach könnte noch nach Jahrhunderten Klage angestellt werden, wenn die Kündigung versäumt oder nicht nachweisbar wäre. In Wirklichkeit soll aber die Hervorhebung der Rückzahlbarkeit nach Kündigung nur betonen, daß das Darlehen nicht auf bestimmte Zeit gegeben wird, daß es vielmehr beliebig zurückgefordert werden kann. Es besteht also kein sachlicher Unterschied zwischen einem Darlehen auf Kündigung und einem ohne Vereinbarung über die Rückzahlungszeit gegebenen Darlehen.[10] Die Verjährung läuft deshalb *vom Abschluß des Dar-*

---

plus quam manifestum est. quod in omnibus contractibus, in quibus sub aliqua condicione vel sub die certa vel incerta stipulationes et promissiones vel pacta ponuntur, post condicionis exitum vel post institutae diei certae vel incertae lapsum praescriptiones triginta aut quadraginta annorum, quae personalibus vel hypothecariis actionibus opponuntur, initium accipiunt.

5) So Savigny a. a. O. Bd. 5 S. 291 ff.

6) Siehe oben § 127. Vgl. namentlich Bangerow: Von welchem Zeitpunkte beginnt die Verjährung der Darlehnsklage? im Archiv für civ. Praxis Bd. 33 n. 12, l. 94 § 1 D. de solut. 46, 3.

7) Demelius, Untersuchungen n. 2 S. 111 ff.

8) R.G. Bd. 15 S. 178. Auch die Klage aus einem Depositum entspringt vom Augenblicke der Hingabe des Depositums l. 1 § 22 D. depositi 16, 3. Bangerow a. a. O. S. 306 ff. Allein der Depositar *erkennt*, solange er die deponirte Sache im Namen des Deponenten besitzt, dessen Recht auf Rückforderung *an*, deshalb ist inzwischen der Lauf der Verjährung unseres Erachtens gehindert.

9) G. Thon über die Verjährung in Lindes Zeitschrift Bd. 8 n. 8.

10) l. 48 D. de verb. obl. 45. 1. Ulpianus libro 26 ad edictum Si decem „cum petiero" dari fuero stipulatus, admonitionem magis quandam, quo celerius reddantur, et quasi sine mora, quam condicionem habet stipulatio: et

lehnsgeschäftes an, auch wenn Rückzahlung nach Kündigung vereinbart ist.

Noch zweifelhafter ist der Beginn der Verjährung bei Forderungen, die nach Ablauf einer Kündigungsfrist zahlbar sind. Eine solche Frist soll den Schuldner vor Ueberraschungen sichern. Sie soll ihm ermöglichen, die Zahlungsmittel bequem herbeizuschaffen. Es handelt sich also im Grunde um eine Modalität des Zahlungsgeschäftes. Die Darlehnsschuld selbst ist damit nicht betagt; sie ist jederzeit einklagbar, nur muß dem Schuldner die bedungene Facilität der Zahlung vorbehalten werden. Hiernach verjähren auch Darlehen unter Kündigungsfrist von dem Momente des Kontraktschlusses an.[11]

b) Dingliche Klagerechte verjähren von dem Augenblick an, in welchem sich ein Dritter mit dem Rechte des dinglich Berechtigten in thatsächlichen Widerstreit setzte.[12]

2. Sehr bestritten ist, ob die Verjährung auch gegen Klagen läuft, denen Einreden entgegenstehen. Für die Verneinung scheint zu sprechen, daß der Gläubiger in diesem Fall nicht mit Erfolg klagen kann, daß also von einer Nachlässigkeit desselben nicht die Rede ist, wenn er die Klage unterläßt. Dennoch ist dies nicht durchschlagend.[13]

a) Insbesondere kann man sich auf Verjährung auch berufen, wenn

---

ideo licet decessero priasquam petiero, non videtur defecisse condicio. Vangerow a. a. O. S. 312. So der Sache nach auch B.G.B. § 199 Satz 1.

11) Die Meinungen über diese Frage sind außerordentlich getheilt. Sehr viele Schriftsteller lassen die Verjährung erst anfangen, wenn die Kündigung wirklich erfolgt und die Frist abgelaufen ist, weil vorher die Anstellung der Klage rechtlich unmöglich sei. So u. a. Thon a. a. O. S. 3ff., Savigny S. 295ff. und auch Vangerow a. a. O. S. 312. Jedoch bemerken Unger Bd. 2 S. 410 Anm. 6, sowie O.L.G. Oldenburg Seuff. A. Bd. 46 n. 14, Regelsberger Bd. 1 S. 183 Anm. 4, welche diese Ansicht vom theoretischen Standpunkte aus theilen, daß diese Entscheidung mit dem ganzen Institut der Verjährung und dessen Tendenz in schneidendem Widerspruch stehe. Nach anderer Auffassung läuft die Verjährung von der Hingabe des Darlehns an unter Hinzurechnung der Kündigungsfrist. So u. a. Windscheid § 107 Anm. 9, Hölder, Pand. § 63, O.L.G. Hamburg in Seuff. A. Bd. 47 n. 92. Diese Auffassung nähert sich der hier vertretenen im praktischen Erfolg. Sie beruht aber auf anderen theoretischen Gesichtspunkten. B.G.B. § 199 S. 2 besagt: Hat der Verpflichtete die Leistung erst zu bewirken, wenn seit der Kündigung eine bestimmte Frist verstrichen ist, so wird der Beginn der Verjährung um die Dauer der Frist hinausgeschoben.

12) Solange Jemand, z. B. der Miether, im Namen des Eigenthümers besitzt, kann die Verjährung nicht anfangen, weil er das Recht des Eigenthümers anerkennt. Savigny a. a. O. Bd. 5 S. 285.

13) Savigny Bd. 5 S. 290 leugnet jeden Einfluß der Einreden auf den Lauf der Verjährung; Windscheid Bd. 1 § 109 Anm. 3 betrachtet es dagegen als Regel, daß die Verjährung nicht laufe, solange dem Anspruch eine Einrede entgegenstehe. Grundsätzlich steht auf der Seite Savignys: Schwalbach in Iherings Jahrbüchern Bd. 19 S. 49ff. Vgl. ferner Thon in Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 68, Kohler in Grünhuts Ztschrft. Bd. 14 S. 18; Riemann, Verjährbarkeit der Einreden, Breslauer Inauguraldiss. 1890.

dem Klagrecht peremptorische Einreden entgegen stehen. Denn was dem vollgültigen Rechte den Lebensfaden abschneidet, muß dem ungültigen, ja dem bloß vermeinten Recht die Scheinexistenz um so mehr nehmen. Vom praktischen Standpunkt aus wäre es auch absurd, wenn der Kläger gegenüber der Einrede der Verjährung repliciren wollte, die eingeklagte Forderung sei durch peremptorische Einrede, z. B. Betrug, Zwang, entkräftbar, oder auch, sie sei durch Zahlung getilgt und unterstehe deshalb der Verjährung nicht.[14]

b) Dilatorische Einreden sind verschiedener Art. Einige, wie z. B. Stundungsverträge, vertagen die Forderung, welcher sie entgegenstehen. Sie nehmen demnach der Forderung ihre Fälligkeit und damit eine Voraussetzung für den Lauf der Klagenverjährung. Diese beginnt also erst von dem Zeitpunkte an, in welchem jene Einreden nicht mehr eingreifen.[15] Andere dilatorische Einreden dagegen nehmen der Forderung an sich die Fälligkeit nicht, sie machen nur Gegenrechte geltend; dahin gehören Retentionseinreden, Einreden des nichterfüllten Vertrags, Rechtswohlthaten des Bürgen. Solche Einreden hindern den Lauf der Verjährung nicht; es muß daher der Gläubiger, um sein Recht zu retten, suchen, sie während der Verjährungszeit zu beseitigen.[16]

§ 147. Zeitablauf. Ruhen der Verjährung.

1. Die gewöhnliche römische Verjährungszeit war 30 Jahre,[1] was in das B.G.B. § 190 übergegangen ist. Sie verlängerte sich in einigen Fällen; daneben gab es zahlreiche kürzere Verjährungen.

a) 40 Jahre erforderten Verjährungen, die sonst in 10, 20, oder 30 Jahren ablaufen, gegenüber Kirchen und milden Stiftungen nach der justinianischen Gesetzgebung,[2] gegenüber dem Fiskus nach über-

14) Die Einrede der Klagenverjährung hat auch unter anderem gerade den Zweck, die Vorschützung und den Beweis anderer Einreden überflüssig zu machen, nov. Valentiniani tit. XXVI pr.: quae alia improbum litigatorem tam valida defensio submovebit, si possessorem nec saecula defendunt.

15) Es wird dies für die Stundung durch Gläubigermehrheit verordnet. l. 8 § 7 C. qui bonis cedere possunt 7, 71. Darin liegt aber keine Singularität, sondern Anwendung eines allgemeinen Gedankens; siehe auch die oben Anm. 4 abgedruckte l. 7 § 4 C. de praescr. XXX ann. 7, 39. Vgl. Vangerow Bd. 1 § 147 Anm. 1 n. 3.

16) Der Sache nach übereinstimmend B.G.B. § 202.

1) l. 3 C. de praescr. XXX annorum 7, 39.

2) Nach der l. 23 C. de sacrosanctis ecclesiis 1, 2 vom Jahre 530 sollten Klagen der Kirchen und milden Stiftungen erst in 100 Jahren verjähren; die nov. 9 vom Jahre 535 übertrug dieses Recht der orientalischen Kirchen auf die Kirchen der neugewonnenen Länder des Occidents, die ecclesia romana. Die nov. 111 vom Jahre 541 beschränkte das Vorrecht der Kirchen wieder allgemein auf die Zeit von

wiegender gemeinrechtlicher Praxis.[3] Auch die actio hypothecaria verjährte in gewissen Fällen erst in 40 Jahren.[4] Das B.G.B. kennt keine Verjährung über 30 Jahre.

b) Der kürzeren Verjährung unterstanden in Rom zahlreiche prätorische Klagen. Nicht minder waren die ädilicischen Klagen wegen verborgener Mängel der Kaufsache kurz verjährbar und zwar die Klage auf Preisminderung — a. quanti minoris — in einem Jahr, die Klage auf Wiederaufhebung des Kaufes — a. redhibitoria — in 6 Monaten. Die kurze Verjährung der Klagen wegen Mängel der Kaufsache hat sich in das neuere Recht, insbesondere auch in das B.G.B. vererbt.

Außerdem hat die moderne Gesetzgebung kurze Verjährungsfristen in großem Umfang anerkannt. Vor Allem ist wichtig die kurze Verjährung der laufenden Schulden, welche das Leben fortwährend neu hervorruft und deren regelmäßige Beitreibung von einer guten Wirthschaft gefordert werden muß. Hierher gehören Schulden der Konsumenten an Kaufleute und Handwerker für Waaren und für Dienste, Kapital- und Miethzinsen, direkte Steuern.[5]

2. Wer in Folge Erbganges oder durch Singularsuccession von einem Präskribenten Besitz erhält, kann sich die Verjährungszeit seines Autors gegenüber dinglichen Klagen, insbesondere gegenüber der Eigenthumsklage anrechnen.[6] Eine Anrechnung ist aber unstatthaft, wenn der

---

40 Jahren; die nov. 131 cap. 6 deklarirte, daß den Kirchen 40 Jahre nur bei den Verjährungen zu gute kämen, die sonst 10, 20 oder 30 Jahre liefen. In der justinianischen Gesetzgebung hatte also die ecclesia romana kein Vorzugsrecht vor anderen Kirchen. Päbstliche Dekretalen nahmen Veranlassung, die ecclesia romana d. h. nun die Kirche des Papstes, mit dem Privilegium 100jähriger Verjährung auszustatten, cap. 13, 14, 17 X de praescr. 2, 26. Die Reception des kanonischen Rechtes schließt aber die Reception derartiger päbstlicher Privilegien nicht in sich. Eine Anwendung ist unerhört.

3) Heffter in Bekkers Jahrbuch des gemeinen Rechtes Bd. 6 n. 1, vgl. auch Heimbach im Archiv für civ. Praxis Bd. 48 n. 2. Eher gegnerisch Regelsberger Bd. 1 § 135 Anm. 1. Die Ansprüche des Fiskus aus besonderen fiskalischen Rechten verjähren in 20 Jahren, vgl. oben § 145 Anm. 9. Ueber die Berechnung im Falle der Abtretung einer Forderung des Fiskus an einen Privaten während des Laufs der Verjährung siehe R.G. Bd. 25 S. 189.

4) l. 7 § 2a. § 2b, § 3 C. de praescr. XXX ann. 7, 39.

5) B.G.B. §§ 196 ff. Ueber kurze Verjährungen der sonstigen Reichsgesetzgebung vgl. Mandry, Inhalt der Reichsgesetze S. 303.

6) Gegen die Zusammenrechnung ließe sich vom abstrakt juristischen Standpunkte aus einwenden, daß die successiven dinglichen Klagen von einander unabhängige, aus dem Besitz des jeweiligen Besitzers selbständig entspringende und mit ihm beginnende seien. Dennoch führten Zweckmäßigkeit und Billigkeit zur Anrechnung. l. 7 § 2b C. de praescr. XXX annorum 7, 39. Dernburg — der ältere — im Archiv für civ. Praxis Bd. 34 n. 12, vgl. auch Bekker in seinem Jahrbuch Bd. 4 S. 199. Auch B.G.B. § 221 gestattet Anrechnung.

Besitz des Beklagten dem des Vorbesitzers nur zeitlich folgte, ohne daß ein rechtlicher Zusammenhang bestand.[7]

3. In der Regel wird die Verjährung fortlaufend — continuo — berechnet. In einigen Fällen kürzerer Verjährung, insbesondere bei den ädilicischen Klagen, geschah nach römischem Recht die Berechnung utiliter.[8]

4. Gewisse Hemmnisse bewirken jedoch ein Ruhen auch der fortlaufend zu berechnenden Verjährung.

a) Insbesondere wurden sie nach römischem Recht gehemmt durch die Unmündigkeit des Klageberechtigten, mag er bevormundet sein oder nicht; ferner durch die Minderjährigkeit desselben bei Verjährungen unter 30 Jahren.[9]

b) Auch feindlicher Einbruch — tempus hostilitatis — hemmt die Verjährung.[10] Nicht minder ruht sie zeitweise in einigen anderen besonderen Fällen, in welchen objektive Hindernisse der Erhebung der Klage entgegenstehen, namentlich im Falle des Stillstandes der Rechtspflege.[11][12]

Hatte die Verjährung begonnen und ist sie eine Zeitlang gehemmt, so läuft sie nach Beseitigung des Hemmnisses weiter. Es wird also die vorher abgelaufene Zeit eingerechnet. Dagegen muß die Verjährung im Falle einer Unterbrechung von neuem beginnen.

§ 148. Unterbrechung der Klagenverjährung.

Unterbrechungsgründe sind Klageerhebung oder gleichstehende gerichtliche Schritte, sowie Anerkennung.

---

7) Vgl. l. 8 § 1a C. de praescr. XXX annorum 7, 39. Ein Haus wird z. B. in Kriegszeiten von seinem flüchtenden Eigenthümer A. verlassen, darauf von B. als vermeintlich herrenlos in Besitz genommen und 20 Jahre besessen, endlich nach dessen Tode von einem Dritten C. okkupirt, der es 10 Jahre besitzt. In diesem Fall hat C. die Verjährung gegenüber der Eigenthumsklage des A. nicht vollendet, da ihm die Zeit des B. nicht zu Gute kommt.

8) Vgl. oben § 90.

9) l. 3 § 1a C. de praescr. XXX annorum 7, 39. Non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda. sed pupillari aetate dumtaxat, quamvis sub tutoris defensione consistit, huic eximenda sanctioni, nam cum ad eos annos pervenerint, qui ad sollicitudinem pertinent curatoris, necessario eis similiter ut aliis annorum triginta intervalla servanda sunt. l. 5 § 1 C. in quibus causis in integrum restitutio 2, 40. Vgl. B.G.B. § 206.

10) cap. 10 X h. t. 2, 26, Marezoll in Lindes Zeitschrift Bd. 7 n. 8.

11) Spezialfälle, in denen die Klagenverjährung ruht, sind l. 1 § 2 C. de annali exceptione 7, 40. l. 30 § 2 C. de jure dotium 5, 12, l. 22 § 11 C. de jure deliberandi 6, 30, vgl. auch § 29 J. de rer. div. 2, 1. Man hat den Satz aufgestellt: agere non valenti non currit praescripto. Derselbe ist aber Mißdeutungen ausgesetzt. Er betrifft nur objektive Jedem entgegenstehende Hindernisse, nicht aber bloß subjektive in der Person des Gläubigers liegende.

12) Vgl. B.G.B. § 203.

1. Vor allem geschieht die Unterbrechung durch Klageerhebung. Diese sah das klassische Recht erst in dem zweiseitigen Akte der Litiskontestation.[1] Nach justinianischem Recht[2] genügt der einseitige Akt der Erhebung der Klage. So auch nach der C.P.O.[3]

Richtiger Ansicht nach blieb die Verjährung unterbrochen, wenn der Kläger von der Klage[4] abstand, sowie dann, wenn er „angebrachtermaßen",[5] oder weil er bei einem unzuständigen Gerichte klagte, abgewiesen wurde;[6] doch war dies Alles sehr streitig. Das B.G.B. § 212 Abs. 1 und 2 trifft vermittelnde Vorschriften.

Erhebung einer Klage unterbricht die Verjährung aller auf das gleiche Ziel gerichteten Klagen des Klägers gegen den Beklagten.[7]

Klage bei einem Schiedsgerichte steht der Klage bei dem ordentlichen

---

1) l. 8 § 1 D. de fidejussoribus et nominatoribus 27, 7, l. 9 § 3 D. de jurejurando 12, 2.

2) Etiam per solam conventionem l. 7 pr. C. de praescr. XXX ann. 7, 39, l. 3 § 1 C. eod.

3) C.P.O. § 267.

4) Vgl. Aschrott bei Gruchot Beiträge Bd. 28 S. 622, siehe auch unten Anm. 11. Anders aber Seuff. A. Bd. 48 n. 243.

5) R.G. Bd. 5 S. 122, siehe unten § 157 Anm. 5.

6) So auch R.G. Bd. 24 S. 199, O.L.G. Rostock in der Mecklenburger Ztschrft. für Rechtspflege Bd. 11 S. 8. Regelsberger Bd. 1 § 184 Anm. 1a. Die entgegengesetzte Ansicht war bis in die neueste Zeit die herrschende. Sie sucht ihre Hauptstütze in der l. 7 C. ne de statu defunctorum 7, 21. Diocletianus et Maximianus. Si pater tuus veluti ingenuus vixit nec status controversiam, quasi fisci servus esset, apud praesidem provinciae, qui super hujusmodi quaestionibus judicare solet, sed apud curatorem reipublicae non competentem judicem passus est, postque mortem ejus quinquennium fluxit, status tuus ex praescriptione, quae ex senatus consulto emanat. protectus est. Wer thatsächlich und unangefochten zur Zeit seines Todes im Besitz seiner Freiheit war, dessen Status sollte, wenn er nicht innerhalb der Zeit von 5 Jahren vom Tode ab gerichtlich in Frage gestellt war, jeder weiteren Anfechtung enthoben sein, so daß dessen Nachkommen und Erben geschützt waren. Dieser Satz war begreiflich ein eminent populärer, ein Schutz vor allem für die niederen Volksklassen. Es ist daher wohl begreiflich, daß ihn Diokletian nur ausschließt, wenn der Status des Verstorbenen durch eine richtige bei dem zuständigen Gericht angebrachte Klage zu dessen Lebzeiten bekämpft war, aber nicht, wenn bei unzuständigen Behörden Klage gegen ihn angebracht war. Es ist unzulässig, hieraus ein allgemeines Princip für die Klagenverjährungen herzuleiten. Denn es handelt sich hier nicht um eine Klagenverjährung, sondern um eine an einen Zeitablauf geknüpfte unwiderlegliche Rechtsvermuthung. Es bestanden ferner besondere Gründe dafür, den Eintritt dieser Vermuthung zu begünstigen, welche bei einer Klagenverjährung nicht eingreifen. Vgl. Hellmann im Archiv für civ. Praxis Bd. 66 n. 7.

7) l. 3 C. de annali exceptione 7, 40. Die persönliche Klage unterbricht die Verjährung der Pfandklage und umgekehrt, desgleichen richtiger Ansicht nach eine — vergebliche — Klage aus dem Besitz die der Eigenthumsklage. Auch die Erhebung einer Feststellungsklage unterbricht die Verjährung der hierauf gegründeten Klage auf Verurtheilung zu einer Leistung. Dagegen unterbricht der Antrag auf Bewilligung des Armenrechtes für die anzustellende Klage deren Verjährung nicht. Dies ist ein vorbereitender Schritt, keine vorbereitende Klage, R.G. in Gruchots Beiträgen Bd. 26 S. 1111.

Gerichte gleich.[8] Selbst die gerichtlichen Schritte, welche auf die Bildung des Schiedsgerichtes abzielen, genügen.[9]

Anmeldung einer Konkursforderung im Konkurse des Schuldners ist zwar keine Klage; aber sie ist der nothwendige Weg zur Geltendmachung im Falle des Konkurses des Schuldners. Deshalb unterbricht sie die Klageverjährung.[10]

Auch Zustellung des Zahlungsbefehles im Mahnverfahren unterbricht die Verjährung der Klage.[11]

Streitverkündigung — Litisdenunciation — wurde nach gemeinem Rechte als Unterbrechungsgrund nicht angesehen.[12]

Keinenfalls unterbricht Vorschützung einer Einrede die Verjährung derjenigen Klage, welche mit ihr das gleiche Fundament hat; denn sie enthält weder einen gerichtlichen Angriff noch die Vorbereitung eines solchen.[13 14]

2. Eine Unterbrechung bewirkt auch die schriftliche oder in konkludenten Thatsachen liegende Anerkennung[15] des Ver-

8) l. 5 § 3 C. de receptis 2, 55.

9) C.P.O. § 1029. Weiter noch geht B.G.B. § 220.

10) Vgl. B.G.B. § 209 Ziff. 2. Die Unterbrechung wird nach inneren Gründen durch Zurücknahme der Anmeldung nicht zunichte. Anders R.G. Bd. 33 S. 394 und B.G.B. § 214.

11) Sie bildet eine conventio, d. h. gerichtliche Verfolgung des Rechtes. Nicht wenige Schriftsteller suchen die Unterbrechung der Klagenverjährung durch den Zahlungsbefehl dadurch zu begründen, daß der Zahlungsbefehl die Sache rechtshängig mache, da sie die Unterbrechung der Klagenverjährung als Folge der Rechtshängigkeit ansehen. Diese Schriftsteller kommen aber zu dem unerfreulichen Ergebniß, daß die Unterbrechung als nicht geschehen anzusehen ist, wenn sich die Rechtshängigkeit hinterher erledigt, weil das Verfahren nicht in Gemäßheit der §§ 697 und 701 der C.P.O. verfolgt wird. Ihre Deduktion beruht unseres Erachtens auf Fehlschlüssen. Die Unterbrechung der Klagenverjährung ist nicht Folge der Rechtshängigkeit, sollte daher bestehen bleiben, wenn diese nachträglich zusammenfällt. Vgl. Aschrott in Gruchots Beiträgen Bd. 28 S. 618, R.G. Bd. 17 S. 282, Bd. 24 S. 199, bezüglich der Wechselsachen Bolze im Archiv f. civ. Pr. Bd. 68 n. 1. B.G.B. § 213 schließt sich der hier bekämpften Ansicht an.

12) R.G. Bd. 10 S. 290, Bd. 24 S. 210. Nach B.G.B. § 209 Ziff. 4 unterbricht die Streitverkündung. Doch muß der Berechtigte binnen 6 Monaten nach Beendigung des Prozesses klagen, B.G.B. § 215.

13) Regelsberger Bd. 1 § 184 Anm. 5 sieht die Unterbrechung auch im Vorbringen einer Kompensationseinrede. Ebenso B.G.B. § 209 Ziff. 3 unter der in Anm. 12 angegebenen Voraussetzung.

14) Im Fall thatsächlicher Unmöglichkeit der Klageerhebung genügte nach justinianischem Rechte zur Unterbrechung Protestation bei Gericht, eventuell bei der Ortsobrigkeit, äußerstenfalls durch öffentliche Anschläge am Wohnorte des Gegners vgl. l. 2 C. de annali exceptione 7, 40. Das B.G.B. kennt das nicht; einen Ersatz gewährt die öffentliche Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung nach C.P.O. §§ 203 und 204.

15) Nicht jede Anerkennung genügt, l. 7 § 5a C. de praescr. 7, 39, l. 4 pr. C. de duobus reis 8, 39: ... debitum agnoverint vel per solutionem vel per alios modos, quos in anterioribus sanctionibus interruptionibus et invenimus positos et nos ampliavimus. Die Anerkennung muß sich manifestiren durch Schrift oder einen realen Vorgang. Einfache mündliche Anerkennung reicht nicht aus. Demelius

pflichteten gegenüber dem Gläubiger.[16] Es gehört hierher namentlich Ausstellung eines Schuldscheines, Zahlung von Zinsen, Zahlung eines Theiles der Schuld als Abschlagszahlung, Bestellung einer Sicherheit.[17]

3. Der Lauf der Klagenverjährung beginnt aufs neue, sowie die Unterbrechungsthatsache der Vergangenheit anheimfällt, also namentlich im Falle der Klageerhebung, sowie die Streitsache nicht mehr rechtshängig ist, im Falle der Zahlung von Zinsen von diesem Augenblicke an.[18] Die dem bezüglichen Klagerecht etwa eigenthümliche kürzere Verjährungszeit tritt auch nach der Unterbrechung wieder ein. Dreißigjährige Verjährung ist dagegen erforderlich, wenn die Schuld durch Judikat festgestellt oder wenn sie in eine Darlehensschuld umgewandelt wurde.[19]

Solange die Klage rechtshängig ist, welche die Verjährung unterbrach, kann eine Klagenverjährung nicht wieder beginnen. Es tritt aber eine eigenartige Verjährung der Litispendenz ein.[20] Dieselbe läuft von dem jeweiligen letzten prozessualischen Akte, vollendet sich in 40 Jahren und macht dem Prozeß und dem Klagerechte ein Ende.

§ 149. Bona fides.[1]

1. Kenntniß des Verpflichteten von seiner Verpflichtung hindert nach römischem Rechte nicht Beginn und Vollendung einer Verjährung zu seinen Gunsten.

2. Nach kanonischem Rechte[2] schließt dagegen mala fides

---

a. a. O. S. 63, Bruns, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 1 S. 108. Regelsberger Bd. 1 § 184 Anm. 8 führt aus, Theorie und Praxis in Deutschland habe von jeher dem „mündlichen Zahlungsversprechen" unterbrechende Wirkung beigelegt, das bilde eine bindende Uebung. Auch B.G.B. § 208 begnügt sich mit jedweder Anerkennung.

16) R.G. Bd. 15 S. 178.

17) Ist der Gläubiger fehlerfrei im Besitz von Pfändern, so hindert dies zweifelsohne die Verjährung der versicherten Forderung, soweit sie aus den Pfändern befriedigt werden soll. Uebergabe eines Pfandes während der Verjährungszeit durch den Schuldner ist Anerkennung der Forderung und unterbricht als solche deren Verjährung schlechthin. Mehr ist aus l. 7 § 5 C. h. t. 7, 39 nicht zu folgern. Anders Löwenstein I im Archiv f. civ. Praxis Bd. 73 S. 266.

18) l. 8 § 4 C. h. t. 7, 39. Savigny S. 306 ff., neuerdings auch Regelsberger Bd. 1 § 183 Anm. 5, behaupten, daß eine geleistete Zinszahlung die Verjährung noch bis zum nächsten Zinstermine ausschließt. Dagegen mit Recht Windscheid § 108 Anm. 2 und die meisten Schriftsteller.

19) Vgl. auch B.G.B. § 218.

20) l. 9 C. de praescr. XXX ann. 7, 39, Linde in seiner Zeitschrift Bd. 2 S. 153. Vgl. B.G.B. § 211.

1) Hildenbrand im Archiv für civ. Praxis Bd. 36 n. 2; O. Reich, Entwickelung der kanonischen Verjährungslehre 1880; Ruffini la buona fede in materia di prescrizione Torino 1892.

2) cap. 20 X de praescriptionibus 2, 26. Innocentius III in concilio generali. Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, synodali judicio

dessen, der eine fremde Sache besitzt, die Verjährung dinglicher und persönlicher Klagen auf deren Herausgabe aus. Die Klagenverjährung läuft also nicht, wenn der Präskribent weiß, daß er die fremde Sache widerrechtlich besitzt; sie wird unterbrochen, wenn er dessen nachträglich gewiß wird.

Schuldklagen auf Leistungen anderer Art verjähren, auch wenn der Verpflichtete seine Verpflichtung während der Verjährungszeit kannte.[3]

3. Das B.G.B. kennt das Erforderniß des guten Glaubens nicht.

§ 150. Die Wirkungen der Klagenverjährung.[1]

1. Die Verjährung der dinglichen Klage hat den Untergang des zu Grunde liegenden dinglichen Rechtes an und für sich nicht zur Folge. Insbesondere erlischt das Eigenthumsrecht nur dann, wenn der Präskribent seinerseits durch Ersitzung Eigenthümer wird.[2] Allerdings ist es nach Verjährung der Eigenthumsklage kraftlos, so lange der Präskribent im Besitze ist; aber es besteht noch und wird wieder wirksam, wenn etwa der Präskribent aus dem Besitze kommt.

2. Hinsichtlich der Verjährung der persönlichen Klagen stehen sich die Vertheidiger einer stärkeren und die einer schwächeren Wirkung gegenüber.

Die ersteren betrachten den Untergang der Forderung selbst oder,

---

diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis, quum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum. quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet. ut qui praescribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae, vgl. cap. 3, cap. 5 X eod.

3) Es giebt 3 Hauptansichten: a) nach der einen bezieht sich die Entscheidung von Innocenz III. nur auf Realklagen, nicht auf persönliche Klagen. Sie vertrat bereits Bartolus zu l. 4 § 27 D. de usurp. et usuc. 41, 3; b) nach einer anderen wird bona fides bei allen Klagen, dinglichen und persönlichen, gefordert, welche die Herausgabe einer fremden Sache bezwecken. Sie entwickelte Henricus de Cocceji de finibus bonae fidei in praescriptionibus 1694 in exercit. I p. 1476; c) eine dritte Ansicht verlangt bei jeder Klagenverjährung ohne Unterschied bona fides. Die dritte Ansicht stützt sich auf die ratio, welche das Gesetz angiebt, die zweite auf die schließliche Bestimmung des Gesetzes. Da es sich um ein korrektorisches Gesetz handelt, so giebt man mit Grund in neuerer Zeit der zweiten Ansicht den Vorzug. Dieselbe ist jedenfalls dem Wesen der Klagenverjährung angemessen und zweckmäßig. Anders Reich a. a. O., Ruffini a. a. O. S. 124, 154.

1) Daß und warum die Verjährung nur eine Exception erzeugt, das Klagerecht aber nicht von selbst tilgt, darüber vgl. oben § 137 Ziff. 3 b.

2) Dies war von Bedeutung im justinianischen Rechte. Denn hier war auch der malae fidei possessor nach 30 Jahren durch die Verjährungseinrede geschützt, während er Eigenthum wegen des Fehlens der bona fides nicht ersaß. Nach kanonischem Rechte dagegen läuft die Klagenverjährung gegen die Eigenthumsklage nur dem gutgläubigen Besitzer; dieser ersitzt aber mit deren Ablauf in der Regel die Sache vgl. unten § 222.

wie man neuerdings sagt, des Anspruches als Folge der Verjährung. Derselbe gilt als abgethan und kann keinerlei Wirkung mehr üben.[3] Diese Ansicht verwirklicht die Zwecke der Verjährung am durchgreifendsten, empfiehlt sich durch ihre Schneidigkeit und hat daher besondere Anziehungskraft für die Praxis. Dennoch läßt sie sich nicht festhalten.[4] An diesem Punkte tritt der Konflikt zu Tage, welcher in der Verjährung waltet. Um des allgemeinen Nutzens und des socialen Friedens willen tritt das Recht der zwangsweisen Geltendmachung von Rechten entgegen, wenn deren Verjährungszeit abgelaufen ist. Aber der Schuldner hat nicht erfüllt, der Gläubiger Befriedigung nicht erlangt. Daher bleibt dessen Forderung bestehen, wenn ihm auch die Mittel fehlen, sie zwangsweise durchzusetzen. Bezahlt der Schuldner freiwillig, so ist dies nimmermehr Schenkung; er leistet Zahlung einer Schuld. Hierin offenbart sich das Bestehen einer natürlichen Verbindlichkeit — obligatio naturalis.[5] Erkennt er die Verpflichtung freiwillig in Kenntniß der vollendeten Verjährung als verpflichtend an, so wird die Schuld sogar wieder klagbar.[6] So erklärt es sich leicht, daß nach den Quellen Pfandansprüche auch nach Verjährung der persönlichen Forderung fortbestehen können, obwohl das Pfandrecht nur Accession der Forderung ist. Diese ist eben nicht durchaus beseitigt.[7]

3. Eine andere Streitfrage ist nahe verwandt: Kann noch zur Einrede dienen, was in Folge der Klagenverjährung nicht mehr einklagbar ist?

Die Regel ist, daß *Einreden nicht verjähren.*[8][9] Zuweilen

---

3) Büchel, civilrechtliche Erörterungen I 1; Bekker, Jahrbuch Bd. 4 n. 14; Bangerow I § 151; Windscheid Bd. 1 § 112 Anm. 3 sind Vertheidiger der stärkeren Wirkung. R.G. Bd. 2 S. 158, Bd. 34 S. 158 schließen sich Windscheid an.

4) Für die schwächere Wirkung erklärten sich namentlich Francke, civil. Abh. n. 2, Savigny Bd. 5 S. 366 ff., Puchta, Pand. § 92, Hölder, Pand. § 63, Eisele in Jherings Jahrb. Bd. 31 S. 379.

5) Dies giebt Windscheid Bd. 1 § 112 Anm. 5[a] zu. Wird Zahlbarkeit verjährter Forderungen anerkannt, so versteht es sich von selbst, daß sie auch mittels Kompensationsvertrages zur Aufrechnung selbst gegen später entstandene Forderungen gebracht werden können, daß Bürgen und Pfänder, die für verjährte Schulden gegeben werden, verhaftet werden. Eine schwierigere Frage ist, ob eine condictio indebiti darauf gestützt werden kann, daß *man eine „bereits verjährte" Schuld zahlte, ohne die Verjährungseinrede zu kennen.* Man muß sich hiergegen entscheiden. Denn es ist Regel, daß Rückforderung des auf eine natürliche Schuld Gezahlten unzulässig ist. Auch läßt sich nicht behaupten, daß die Ausschließung der condictio indebiti im Falle der Zahlung einer verjährten Forderung der praktischen Durchführung der Verjährungsidee widerspräche. So auch Regelsberger Bd. 1 § 186 Ziff. 2, und B.G.B. § 222.

6) Regelsberger Bd. 1 § 186 Anm. 4.

7) l. 7 § 2[a] C. de praescr. XXX ann. 7, 49. Auch B.G.B. § 223 läßt Pfandrechte weiter bestehen.

knüpft indessen das Gesetz die Erhaltung von Einreden daran, daß sie innerhalb gewisser Frist bei Gericht angemeldet werden,[10] und das moderne Recht neigt dazu, bei Mängeln einer Kaufsache mit der Klage auch die Einrede verjähren zu lassen.[11]

Eine besondere Stellung hat die Kompensationseinrede. Sie bezweckt zwangsweise Befriedigung einer Gegenforderung durch Aufrechnung. Man kann daher mit einer Gegenforderung nicht kompensiren, welche bereits verjährt war, als die Forderung, auf welche aufgerechnet werden soll, entstand. Dies verstieße gegen den Zweck des Verjährungsinstitutes.[12]

4. Mit der Verjährung des Klagerechtes auf das Kapital erlischt zugleich das Klagerecht auf dessen rückständige Zinsen und Früchte.[13] [14]

---

8) Dies spricht ausdrücklich aus Paulus libro 71 ad edictum, l. 5 § 6 D. de exc. doli mali 44, 4. Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est: nam haec perpetuo competit, cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure, is autem cum quo agitur non habeat potestatem, quando conveniatur. Daher der Spruch quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua. Vgl. Savigny Bd. 5 § 253 ff.

9) Windscheid Bd. 1 § 112 nimmt an, die Verjährung des dinglichen Anspruches berühre zwar die auf das dingliche Recht zu gründende Einrede nicht; die Verjährung des persönlichen Anspruches aber hebe die auf der Obligation beruhenden Einreden auf. Habe jedoch die Einrede neben der Obligation eine selbständige Existenz, so werde sie von der Verjährung der Obligation nicht betroffen. Eine selbständige Existenz habe nun neben dem Anspruch aus dem Vertrage auf Schadensersatz — auch auf Rescission? — die exceptio doli; der selbständigen Existenz entbehre dagegen die Einrede dessen, der eine fehlerhafte Sache gekauft habe; sie sei nur darauf gegründet, daß er die Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangen könne. Das Schwierige in der Sache bilde nur die Durchführung der so gemachten Unterscheidung. — Worin jedoch das Kriterium der selbständigen Existenz der Einrede liegt, bleibt nach dieser Darstellung dunkel. Dennoch hat R.G. Bd. 2 S. 159 die Ansicht von Windscheid adoptirt. Die selbständige Existenz sei, führt die Entscheidung aus, für einzelne Einreden, so namentlich für die exceptio doli, „aus besonderen" Bestimmungen „der Gesetze" zu bejahen, aber weder im allgemeinen, noch in betreff der ädilicischen Einreden, um die es sich im Falle handelte, als richtig anzuerkennen. Diese Begründung ist bedenklich. Daß „die Gesetze", d. h. der Jurist Paulus in der oben Anm. 8 abgedruckten Stelle, keineswegs besondere Bestimmungen für die exceptio doli geben wollten, daß vielmehr Paulus seine Entscheidung auf einen allgemeinen Gesichtspunkt gründet, ist offensichtlich. Vgl. übrigens Wildhagen, Verjährung der Einrede in Iherings Jahrbüchern Bd. 21 n. 1, Thon, die rechtsverfolgende Einrede ebenda Bd. 28 S. 72, Salman, quae ad agendum. Berl. Inauguraldiss. 1891.

10) Vgl. deutsche Gewerbeordnung § 112 Abs. 2, § 132 Abs. 2.

11) So schon das bisherige H.G.B. Art. 349, vgl. auch Art. 386, 408. Vgl. ferner B.G.B. §§ 478, 479.

12) So auch Regelsberger Bd. 1 § 186 Anm. 8, vgl. B.G.B. § 390 Satz 2.

13) An sich würden die einzelnen Zinsraten erst von ihrem Fälligkeitstermin gerechnet in 30 Jahren verjähren. Es würde z. B. eine im Jahre 1863 begründete verzinsliche Kapitalforderung, welche niemals geltend gemacht wurde, hinsichtlich des Kapitals 1893, hinsichtlich der einzelnen Zinsraten successive bis letztlich 1923 verjähren. Dies schneidet Justinian durch l. 26 pr. C. de usuris 4, 32 zweckmäßiger Weise ab. Ebenso B.G.B. § 224.

14) Streitig ist die Verjährung bezüglich einer fortlaufende Verbindlich-

Sechstes Kapitel.

Die Streitsache und ihre Verhandlung.

I. Methode der Individualisirung.

§ 151. Römische Individualisirung der Streitsache.

1. Der Prozeß muß sich um eine bestimmte Streitsache drehen. Dieselbe ist zu individualisiren und dadurch von anderen Ansprüchen abzugrenzen.

Denn nur eine bestimmte Abgrenzung der Streitsache sichert dem Verfahren Einheitlichkeit und Uebersichtlichkeit. Könnten dagegen die Parteien nach Eröffnung der Verhandlung beliebig Ansprüche zur Erörterung bringen, bestünde also ein Kampfplatz ohne Schranke, so wäre ein stetiges Fortschreiten des Verfahrens unmöglich.

Die genaue Feststellung der Streitsache ist ferner unumgänglich zur Entscheidung darüber, was rechtshängig ist und deshalb nicht in einem anderen Prozesse zur Erörterung gebracht werden darf. Auch die Beantwortung der Frage, worüber in einem früheren Prozesse geurtheilt, was also in Rechtskraft übergegangen ist, hängt von der Abgrenzung des Streites ab.

Die Individualisirung der Streitsache ist hiernach sehr wichtig. Sie ist aber auch schwierig. Denn es handelt sich um die Scheidung von bloß gedachten Größen im Gedanken. An diesem Problem müht sich die Jurisprudenz seit Jahrtausenden. Das Kriterium ist in den verschiedenen Prozeßsystemen verschieden.

2. Den Römern dienten zur Individualisirung und Abgrenzung der Streitsachen vorzugsweise die actiones, deren Muster das prätorische Album einführte. Denn diese Aktionen wurden in der klassischen Zeit der Formel zu Grunde gelegt, welche dem Richter die zu entscheidende Frage vorzeichnete. Noch zur Zeit Justinians hatte der Kläger dem Beklagten eine der überkommenen actiones zu ediren, über welche dann gestritten wurde.[1]

---

keiten erzeugenden Verpflichtung. Es giebt drei Ansichten: a) die eine verneint die Verjährung des Gesammtrechtes und damit der künftig fälligen Prästationen, da sie noch nicht einklagbar waren. Dies ist die römische Auffassung, l. 7 § 7 C. de praescr. XXX ann. 7. 39. Sie ist als die gemeinrechtliche anzusehen; b) die Verjährung des Gesammtrechtes tritt nach einer anderen Ansicht ein unter Voraussetzung einer von Seiten des Schuldners erfolgten Bestreitung des Gesammtrechtes; c) das Gesammtrecht verjährt nach einer dritten Ansicht auch abgesehen von solcher allgemeinen Bestreitung. Vgl. Windscheid § 107 Anm. 8.

1) l. 1 pr. D. de edendo 2, 13.

Die Aktionen enthielten zum größeren Theil die Behauptung eines bestimmten dem Kläger zustehenden Rechtes. Ueber Bestehen oder Nichtbestehen einer typischen Berechtigung wurde hiernach im römischen Prozeß verhandelt und entschieden.[2] Die Eigenthumsklage insbesondere rief zur Entscheidung über das Eigenthumsrecht an der vindicirten Sache auf; denn die Formel lautete: fundum Sempronianum A^1 A^1 esse. In dem hierauf gegründeten Prozesse durfte der Kläger jeden Eigenthumserwerbsgrund zur Sprache bringen. Er konnte sich anfänglich auf Vermächtniß berufen und nach Befinden hiervon abgehen und sich auf Kauf und Tradition stützen. Aber was auch verhandelt war, es stand nur eine Klage über die Eigenthumsfrage offen. Doch wurden ausnahmsweise Eigenthumsklagen expressa causa gewährt. Hier war der Rechtsstreit auf die Frage beschränkt, ob der Kläger aus diesem bestimmten Rechtsgrunde Eigenthümer sei.[3]

2) Vgl. oben § 128.

3) Die Frage, ob in Rom actiones in rem „expressa causa" vorkommen, ist bestritten. Gegen die Zulässigkeit erklärte sich Puchta im rheinischen Museum Bd. 2 S. 251, Heffter vertheidigte sie Bd. 3 S. 222, worauf Puchta ebendaselbst S. 487 erwiderte. Für Eigenthumsklagen expressa causa wird namentlich in das Feld geführt Paulus libro 70 ad edictum l. 14 § 2 D. de except. rei judicatae 44, 2. Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur nec ulla earum alterius petitione vitiatur: at cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur, neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest. Die gewöhnliche Ansicht erklärt „non expressa causa", „sofern die causa nicht ausgedrückt ist", Puchta aber versteht „da die causa in der Formel der Vindikation nicht ausgedrückt wird". Er sieht hierin den Grund der Entscheidung, nicht einen Vorbehalt. Aber die gewöhnliche Ansicht unterstützt doch sehr Ulpianus libro 75 ad edictum l. 11 § 2 D. eod. Si quis autem petat fundum suum esse eo, quod Titius eum sibi tradiderit, si postea alia ex causa petat causa adjecta, non debet summoveri exceptione. Denn nach dem Zusammenhange ist die causa adjecta, welche den neuen Prozeß zulässig macht, gerade die Tradition, die der Kläger laut des Anfangs der Stelle seiner früheren Klage ausschließlich zu Grunde legte. Puchta versteht unter causa adjecta einen erst nach dem ersten Prozeß vollzogenen Erwerb. Ulpian würde sich sehr undeutlich ausdrücken, wenn er dies hier unter cauja adjecta gemeint hätte. Puchtas Erklärung steht ferner entgegen, daß Ulpian die Frage der causa superveniens später im § 4 besonders behandelt, wobei er erklärt, zu etwas Neuem überzugehen. — Daß actiones in rem vorkamen, bei welchen nicht alle causae zur Verhandlung gebracht wurden, ergiebt auch l. 7 § 2 D. de her. pet. 5, 3. Es kam vor, daß der Kläger, der mit seiner Vindikation abgewiesen war, restituirt wurde, weil er einen bestimmten Erwerbsgrund nicht gekannt hatte und um deswillen nicht geltend gemacht hatte. Hier versteht es sich von selbst, daß nur dieser Grund in der restituirten Vindikation zur Sprache gebracht werden konnte; vgl. l. 11 pr. D. de exc. rei judicatae 44, 2. Puchta freilich behauptet, eine Vindikation expressa causa sei juristisch undenkbar, sie sei keine Eigenthumsklage da sie nicht das Eigenthum, sondern nur eine bestimmte causa in das judicium deducire, ja sie sei überhaupt keine „eigentliche Klage"; rhein. Museum Bd. 3 S. 474. Das Klagbegehren bleibt jedoch Anerkennung des Eigenthums; kommt es zur Verurtheilung, so wird der Kläger als Eigenthümer anerkannt, und zwar schlechthin. Dies genügt, um der Klage den Charakter als Eigenthumsklage zu wahren. Für die hier vertheidigte Ansicht erklärte sich Savigny Bd. 6 Beilage 17.

Die Nothwendigkeit, die Streitsache unter eine der typisch festgestellten Aktionen zu bringen, war von großer Bedeutung. Sie zwang den Kläger zur Unterordnung seines Anspruches unter eine bestimmte Rechtsnorm und zu dessen genauer rechtlicher Charakterisirung. Im Falle der Unrichtigkeit derselben mußte der Richter die Klage selbst dann abweisen, wenn er die vom Kläger behaupteten Thatsachen wahr fand und wenn dieselben die Leistungspflicht des Beklagten nach anderen rechtlichen Gesichtspunkten begründet hätten. Denn diejenige *Klagebehauptung*, über welche der Richter allein zu sprechen hatte, hatte sich nicht bewahrheitet.[4] — Die Härten dieses Systemes wurden durch erhebliche Vorzüge aufgewogen. Der Kläger mußte sich über das Recht, welches er geltend machen wollte, vor der Klageanstellung klar werden. Er mußte seinen Angriff auf *einen* Punkt koncentriren und hiernach die Thatsachen gruppiren. In Folge dessen erhielt das Verfahren die größte juristische Bestimmtheit und es war dem Richter seine Aufgabe wesentlich erleichtert.

§ 152. Individualisirung der Streitsache nach heutigem Rechte.

1. Seit dem Mittelalter walten die Richter ihres Amtes nach dem Spruche: dabis mihi factum, dabo tibi jus. Insbesondere will das kanonische Recht, daß der Richter nicht darauf sehe, welche actio angestellt sei, sondern darauf, ob die Klagethatsachen richtig stehen.[1]

Hierin lag eine tiefgreifende und dauernde Veränderung. Der Kläger stellt keine *typisch normirte* Klage mehr an, über deren Bestehen oder Nichtbestehen der Richter urtheilt. Die Frage, welche dem Richter gestellt wird und über die er entscheidet, ist die des *konkreten Klagerechtes*, d. h. *ob der Klageantrag aus den in der Klage vorgebrachten Thatsachen rechtlich begründet ist.*

Der gemeine Prozeß hat dies praktisch und theoretisch ausgebildet.

Die Klageschrift hat die *Thatsachen* vollständig anzugeben, aus welchen sich der Klageantrag rechtfertigt. Den *Komplex dieser Thatsachen* nennt man den — s. g. *historischen* — *Klagegrund*. Zu diesen Thatsachen gehören auch diejenigen, vermöge deren das Klage-

---

4) War es rechtlich oder thatsächlich besonders zweifelhaft, unter welche der typischen actiones ein Anspruch falle, so half man wohl durch besonders konstruirte Klagen, vgl. l. 1 § 1 D. de praescriptis verbis 19, 5.

1) cap. 6 X de judiciis 2, 1. Alexander III. . . . Provideatis attentius, ne ita subtiliter, sicut a multis fieri solet, cujusmodi actio intentetur, inquiratis, sed simpliciter et pure factum ipsum et rei veritatem secundum formam canonum et sanctorum patrum instituta investigare curetis.

recht gerade dem Kläger und gerade gegen den Beklagten zusteht. Die besonderen Thatsachen, aus denen sich diese Beziehung des Klagerechtes auf den Kläger — Aktivlegitimation — sowie auf den Beklagten — Passivlegitimation — ergiebt, bilden die Legitimation zur Sache — legitimatio ad causam. Sie ist ein Theil des Klagegrundes.

Der thatsächliche Klagegrund ist der Untersatz, die Rechtsnorm der Obersatz, aus deren Verbindung der Schluß folgen muß, daß der Klageantrag begründet ist. Manche unterscheiden hiernach von dem historischen Klagegrunde — dem fundamentum agendi proximum — den rechtlichen Klagegrund — fundamentum agendi remotum — d. h. die einschlägige Rechtsnorm. Indessen die Klageschrift braucht den Rechtsgrund der Klage nicht anzugeben. Es kann dies gerathen sein, aber es ist nicht nothwendig. Vergreift sich der Kläger in der Rechtsnorm, welche er als maßgebend bezeichnet, so erwächst ihm hieraus kein Rechtsnachtheil. Jura novit curia.

2. An die Stelle des schriftlichen gemeinen Prozesses ist seit dem 1. Oktober 1879 das mündliche Verfahren der C.P.O. getreten.

Die Grundlage auch des neuen Verfahrens ist in der Regel eine schriftliche Klage. Sie bereitet das mündliche Klagevorbringen vor und steckt das Feld der Verhandlung ab. Ohne Einwilligung des Beklagten ist eine Aenderung dieser Klage nur noch zulässig, wenn nach dem Ermessen des Gerichtes durch die Aenderung die Vertheidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert wird.[2]

Die Klage hat außer gewissen für den Prozeßgang nöthigen Bestandtheilen, — Bezeichnung des Gerichtes und der Parteien, sowie Ladung des Beklagten vor das Prozeßgericht, — zu enthalten:

a) die bestimmte Bezeichnung des Klagegrundes und Klagegegenstandes;

b) einen bestimmten Antrag.[3]

Streitig ist, was die C.P.O. unter „Klagegrund" versteht. In Folge dessen ist auch zweifelhaft, in welcher Weise sich nach der C.P.O. die Streitsache abgrenzt. Viele Schriftsteller meinen, im Sinne der C.P.O.

2) C.P.O. § 264, § 268, vgl. unten Anm. 6.

3) In der Regel muß der Antrag so bestimmt sein, daß die auf denselben gestützte Verurtheilung vollstreckbar werden kann; es wäre daher z. B. ein Klageantrag „auf Sicherstellung" in der Regel nicht genügend, weil ein solches Urtheil nicht vollstreckt werden kann, Kläger muß also eine bestimmte Weise der Sicherstellung beantragen. Immerhin ist es zulässig, einen Antrag auf Verurtheilung zum Schadensersatz zu stellen, so daß aber die Höhe des Schadens erst später verhandelt werden soll. Eine Klage auf Verurtheilung zum Schadensersatz hat die Natur einer Feststellungsklage. R.G. Bd. 10 S. 353, 413.

sei wieder Klagegrund eine typische Berechtigung, d. h. eine solche, welche der Gliederung der Rechte im Rechtssystem entspricht, z. B. Eigenthum, Servitut, Forderung aus Mandat, aus Gesellschaft.[4] Darin läge ein Zurückgehen auf römische Rechtsgedanken, welche nie in der gemeinrechtlichen Praxis Wurzel gefaßt hatten, eine Neuerung von großer Tragweite, ohne ausreichende gesetzliche Stütze. Klagegrund ist vielmehr wie im gemeinen Prozesse der Komplex der rechtsbegründenden Thatsachen. Ihn muß die Klage enthalten, durch ihn und durch den Klageantrag wird die konkrete Klageberechtigung individualisirt. Denn die C.P.O. hat zwar die Form des Verfahrens geändert, aber sie hat die allgemeinen Begriffe des gemeinen Prozesses festgehalten.[5] [6]

Der Gegensatz der Auffassungen tritt prägnant bei der Eigenthumsklage hervor. Nach der hier bekämpften Ansicht hätte die Klage die Eigenthumsfrage als Gegenstand des Streites zu benennen. Es wäre keine Klageänderung, wenn der Kläger, welcher in der Klage ein Vermächtniß als Erwerbsgrund bezeichnete, sich später in der Verhandlung auf Kauf und Uebergabe stützte. Wir dagegen sehen hierin eine Aenderung des Klagegrundes, welche unzulässig ist. In der That wird hierdurch der Stoff der Verhandlung ein ganz neuer, und es ver-

---

4) Zuerst hat Wach in seinen Vorträgen 1879 S. 17 die Gegenansicht zu begründen gesucht, siehe jetzt auch 2. Aufl. 1896 S. 20, Fitting im Archiv für civ. Praxis Bd. 61 S. 422 ff., Eccius in Försters Pr. Privatrecht, Petersen in Gruchots Beiträgen Bd. 28 S. 657, auch Lothar Seuffert bisherige C.P.O. § 230 haben sich ihm angeschlossen. Vgl. auch R. Schmidt, die Klageänderung 1888. Die Anhänger der bekämpften Ansicht setzen den Klagegrund in die Bezeichnung des „individuellen" Rechtsverhältnisses, vgl. Wach, Vorträge S. 17. Sie meinen aber, wie ihre weitere Ausführung ergiebt, „die allgemeinen" oder „typischen" Kategorien der Rechte.

5) Der hier vertheidigten Auffassung folgen die bei weitem meisten Kommentatoren der C.P.O. zu § 230, Hellmann, Lehrbuch des C.P. S. 384, Planck, Lehrbuch des C.P. S. 260, insbesondere aber R.G. Bd. 10 S. 434, Bd. 11 S. 242. S. auch Seuff. Arch. Bd. 41 n. 65 und vgl. R.G. Bd. 4 S. 46, Bd. 10 S. 395.

6) Das Hauptargument der Gegner ist die Fassung der bisherigen C.P.O. § 240 = 268 der neuen Fassung: „Als eine Aenderung der Klage ist es nicht anzusehen, wenn ohne Aenderung des Klagegrundes die thatsächlichen oder rechtlichen Anführungen ergänzt oder berichtigt werden." Hieraus schließt man, daß Klagegrund und thatsächliche Anführungen im Sinne der C.P.O. Gegensätze bildeten. Wir finden den Gegensatz in „Aenderung" und in „Ergänzung und Berichtigung". Höchstens liegt eine nicht ganz präcise Fassung vor. Aus solchen Sprachwendungen Principienfragen von schwerwiegender Bedeutung lösen zu wollen, erscheint uns nicht als richtig. Ausdrücklich bestätigt unsere Auffassung bisherige C.P.O. § 576, laut dessen der mit der Ehescheidungsklage abgewiesene Kläger „Thatsachen", die er früher geltend machen konnte, „nicht mehr als selbständigen Klagegrund" geltend machen kann. Für dieselbe sprechen auch die Motive der C.P.O. unmittelbar. Vor allem aber fällt für sie ferner in das Gewicht die historische Tradition. Es liegt kein durchschlagender Grund dafür vor, daß die C.P.O. sie verlassen wollte. Es hieße dies betretene und bekannte Wege aufgeben, welche gerade zum Ziele führen, und neue Pfade einschlagen, die möglicherweise ohne Ausgang sind.

ſchiebt ſich durch die Aenderung des Angriffes wie der Vertheidigung die prozeſſualiſche Lage völlig.[7]

II. Veränderungen der Streitſache während des Prozeſſes.

§ 153. Litiskonteſtation und Klageerhebung.

An den Prozeßbeginn knüpfen ſich, wie wir ſehen werden, tiefgehende *Veränderungen* des eingeklagten Rechtes. Daher wird die Frage wichtig, welcher prozeſſualiſche Akt als *Beginn des Prozeſſes* gilt.[1]

1. Die Antwort muß nach der Form und dem Gang des Verfahrens, mehr aber noch nach dem Grundcharakter des Prozeſſes verſchieden ausfallen. Wird der Richter, wie dies nach der echtrömiſchen Auffaſſung der Fall war, erſt zuſtändig durch die Unterwerfung der Parteien unter ſeinen Spruch, ſo ſtellt ſich der *zweiſeitige Akt*, welcher dieſe vermittelt — die *Litiskonteſtation* — als der eigentliche Prozeßbeginn dar, welchen die vorhergehenden prozeſſualiſchen Akte nur vorbereiten. Hat dagegen, wie dies die heutige Auffaſſung iſt, der Richter vermöge ſeines *Amtes* die Aufgabe, über die Klage zu urtheilen, ſo wird der Prozeß bereits durch das *einſeitige Anbringen der Klage* eröffnet.

Als das allgemeine Weſen der *Litiskonteſtation* läßt ſich die *Konſtatirung des Streites der beiden Parteien vor Gericht* zum Zweck der Herausforderung eines Urtheils bezeichnen. Sie geſchah aber in den ſich ablöſenden Prozeßſyſtemen Roms in verſchiedener Form. Im altrömiſchen *Ordinarverfahren* bildete die Litiskonteſtation der *letzte Akt des Verfahrens in jure*, mittels deſſen, nachdem der erwählte judex durch die Formel beſtellt war, der Prozeßvertrag geſchloſſen wurde. Und zwar wurde urſprünglich dieſer Moment durch Aufrufen von Zeugen herausgehoben, daher der Name;[2] ſpäter fiel dies weg. Im *Extraordinarverfahren*[3] und im Prozeſſe der

---

7) So auch R.G. Bd. 10 S. 434, Bd. 11 S. 242.

1) Keller über Litiskonteſtation und Urtheil, Zürich 1827, hat die Grundlagen dieſer Lehre gelegt. Vgl. ferner Wlaſſak, d. Litiskonteſt. i. Formularprozeß 1888 und römiſche Prozeßgeſetze 2 Abtheilungen. 1888.

2) Festus: contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quo ordinato judicio utraque pars dicere solet: Testes estote.

3) l. un. C. de litis contestatione 3, 9. Imp. Severus et Antoninus . . . lis enim tunc videtur contestata, cum judex per narrationem negotii causam audire coeperit.

chriſtlichen Kaiſerzeit[4] ſetzte man die Litiskonteſtation in den erſten Prozeßtermin vor dem Magiſtrate, in welchem die Parteien beiderſeitig ihre Behauptungen vortrugen.[5]

Im gemeinen Prozeſſe bezeichnete man die Beantwortung der Klage durch die Einredeſchrift des Beklagten als Litiskonteſtation.[6]

2. Im jüngſten römiſchen Rechte hatte ſich der Gedanke abgeſchwächt, daß der Prozeß auf einem Vertrage der Parteien beruhe. Außerdem erſchien es unzweckmäßig, daß der Beklagte durch Verzögerung der Einlaſſung die ihm nachtheiligen Folgen des Prozeßbeginnes willkürlich hinausſchieben könne. Schon die chriſtliche Kaiſerzeit knüpfte daher einzelne Folgen des Prozeßbeginnes an den einſeitigen Akt der Mittheilung der Klage an den Beklagten.[7] Aber erſt das neueſte Recht hat dies grundſätzlich und allgemein durchgeführt, ſo daß die Klageerhebung ſchlechthin als Prozeßbeginn gilt. Denn es ſollen nach der C.P.O. alle Wirkungen, welche durch die Vorſchriften des bürgerlichen Rechtes früher an die Anſtellung, Mittheilung oder gerichtliche Anmeldung der Klage geknüpft waren, mit der Erhebung der Klage eintreten.[8] Die Klageerhebung aber geſchieht gemäß der C.P.O. regelrecht durch Zuſtellung der ſchriftlichen Klage an den Beklagten,[9] in gewiſſen Fällen durch Anträge in der mündlichen Verhandlung.[10]

§ 154. Der maßgebende Zeitpunkt für die Verurtheilung.

I. Zwiſchen dem Prozeßbeginn und dem Endurtheil liegt ein mehr oder minder langer Zwiſchenraum. Inzwiſchen kann ſich der Gegenſtand des Streites verändern, es kann z. B. die geſchuldete Sache unter-

---

4) Justinianus in l. 14 § 4 C. de judiciis 3, 1 . . . cum lis fuerit contestata post narrationem propositam et contradictionem objectam.

5) Vgl. Bethmann-Hollweg, Civilprozeß Bd. 3 S. 254 Anm. 8 einerſeits, Wieding, Libellprozeß § 13 andererſeits.

6) Dies war die Folge des jüngſten Reichsabſchieds von 1654 § 37. Vgl. Wächter, Erörterungen Heft 3 S. 77.

7) Dies gilt namentlich von der Klagenverjährung l. 7 pr. § 1 C. de praescr. XXX annorum 7, 39, l. 3 § 3 C. de annali exc. 7, 40. Vgl. ferner l. 20 § 6d § 11, l. 25 § 7 D. de her. pet. 5, 3. Gemeinrechtlich war ſtreitig, ob die Wirkungen, welche das römiſche Recht an die Litiskonteſtation knüpfte, allgemein mit der Inſinuation der Klage einzutreten hätten. Hierzu neigte die Praxis, aber die Doktrin befreundete ſich hiermit nicht, vgl. Wächter, Erört. Heft 3 S. 153, Vangerow Bd. 1 § 160 Anm. am Ende.

8) C.P.O. § 267. Auch nach heutigem Recht knüpft ſich aber die Verhaftung des Nichtbeſitzers, welcher liti se optulit, vgl. unten § 225, an die Einlaſſung.

9) C.P.O. § 253, § 496 ff.

10) C.P.O. §§ 33, 280, 281, 500, 510.

gehen oder Erträgnisse abwerfen, oder es können Zahlungen geleistet werden. Das ältere römische Recht suchte die Schwierigkeit, welche durch solche Veränderungen der Sachlage für den Richter entsteht, dadurch abzuschneiden, daß es dieselben ignorirte und die Zeit der *Litiskontestation* allein für die Frage der *Existenz* des klägerischen Rechtes sowie des *Umfanges* der Verurtheilung als maßgebend behandelte.[1] Ueber das Recht, wie es *zur Zeit der Litiskontestation* bestand, hatten die Parteien richterlichen Spruch gefordert. Der Beklagte hatte sich der Verurtheilung nach den *damals vorhandenen Kondemnationsbedingungen* unterworfen.[2] Hierin sah man eine durch den Prozeßvertrag bewirkte *Novation* der ursprünglichen Verpflichtung.[3]

Folgerecht war Beklagter selbst dann zu verurtheilen, wenn *er den Kläger während des Prozesses bezahlte oder sonst befriedigte*. Noch in der Kaiserzeit nahmen dies die Prokulianer bei den stricti juris judicia an. Die Sabinianer aber vertheidigten siegreich den Satz: omnia judicia esse absolutoria, d. h.: Erfüllung während des Prozesses führt durchweg zur Freisprechung des Beklagten.[4]

Der Versuch des älteren Rechtes zur Abschneidung der Schwierigkeit war naturwidrig. Bei den bonae fidei judicia und den arbitrariae actiones wendete man stets andere Grundsätze an. Auch bei den stricti juris judicia ließ er sich nicht durchführen.[5]

II. Der Gedanke, welcher allmählig zur Geltung kam, ist, daß die

---

1) Keller, Litiskontestation und Urtheil, Wächter Heft 2 und 3, Buchka, Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältniß 1846 ff. 2 Thle., Savigny Bd. 6 S. 1 ff., Wlassak, röm. Prozeßgesetze a. a. O.

2) Gaj. Inst. III § 180 . . . obligatio principalis dissolvitur, incipit autem teneri litis contestatione . . . Gaj. Inst. IV § 107.

3) fragmenta Vaticana § 263 . . . interpositis delegationibus aut *inchoatis litibus actiones novavit*. Paulus libro 24 quaestionum l. 29 D. de novat. 46, 2 führt freilich aus: aliam causam esse novationis voluntariae, aliam judicii accepti multa exempla ostendunt. perit privilegium dotis et tutelae si post divortium dos in stipulationem deducatur vel post pubertatem tutelae actio novetur, si id specialiter actum est: quod nemo dixit lite contestata: neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem, ut solet dici in his actionibus, quae tempore vel morte finiri possunt.

4) Gaj. Inst. IV § 114 Superest, ut dispiciamus, si ante rem judicatam is cum quo agitur post acceptum judicium satisfaciat actori, quid officio judicis conveniat. utrum absolvere an ideo potius damnare, quia judicii accipiendi tempore in ea causa fuerit, ut damnari debeat. nostri praeceptores absolvere eum debere existimant. nec interesse cujus generis sit judicium; et hoc est, quod vulgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia judicia absolutoria esse . . . de bonae fidei judiciis autem idem sentiunt, quia in ejusmodi judiciis liberum est officium judicis. tantundem et de in rem actionibus putant, quia formulae verbis id ipsum exprimatur.

5) Vgl. Römer, das Erlöschen des klägerischen Rechtes nach der Einleitung des Prozesses 1852, dazu Bekker sowie Dernburg in der Heidelberger kritischen Zeitschrift

Zeit des Urtheils darüber entscheidet, ob und inwieweit der Beklagte zu verurtheilen ist.[6] Aber schlechthin ließ sich auch das nicht durchführen.

1. Grundsätzlich muß das Rechtsverhältniß, aus welchem geklagt wird, bereits zur Zeit der Klageerhebung bestanden haben, wenn eine Verurtheilung auf Grund desselben zulässig sein soll. Denn nur das der Klage zu Grunde liegende Verhältniß ist zum Gegenstande des Prozesses gemacht.[7] Gleichwohl hat Verurtheilung richtiger Ansicht nach auch zu erfolgen:

a) wenn das klägerische Recht zur Zeit des Prozeßbeginnes noch bedingt oder betagt war, zur Zeit der Ausfällung des Urtheils unbedingt und unbetagt ist;[8]

b) wenn die Legitimation zur Sache erst im Laufe des Prozesses hergestellt wurde, der Beklagte z. B. erst während desselben in den Besitz der eingeklagten Sache kam.[9]

c) Die neuere Praxis und Gesetzgebung geht noch weiter.

Sie kennt bedingte Verurtheilungen, wenn Leistungen eingeklagt werden, welche nur Zug um Zug gegen eine Gegenleistung zu machen sind. Es hat z. B. bedingte Verurtheilung zu geschehen, wenn der Verkäufer den Kaufpreis fordert, während dieser nur gegen Lieferung der Waare zu zahlen ist.

Die C.P.O. §§ 257 bis 259 gestattet Verurtheilung auf Zahlung oder Räumung beim Eintritt eines Kalendertages, sowie auf

---

Bd. 1 S. 253, dagegen wieder Römer S. 397. Die dort von mir ausgesprochenen Ansichten sind hier zum Theil verlassen.

6) Als Princip wurde dies von den römischen Juristen nicht ausgesprochen. Ihr Ausgangspunkt ist, daß der Richter die Verhältnisse zur Zeit der Litiskontestation bei seinem Urtheil zu Grunde zu legen habe. Allein sie modificiren dies der Art, daß in Wirklichkeit die frühere Regel eine Ausnahme wurde, daß sie also nur aus besonderen Gründen noch zur Anwendung kommt. Die Aufgabe der heutigen Jurisprudenz ist, das neue Princip anzuerkennen, welches im Grunde das spätere römische Recht beherrscht. Vgl. Windscheid Bd. 1 § 128, Mandry, civilrechtliche Reichsgesetze S. 286.

7) l. 23 D. de judiciis 5, 1. Paulus libro 7 ad Plautium. Non potest videri in judicium venisse id quod post judicium acceptum accidisset: ideoque alia interpellatione opus est, l. 35 D. eod.

8) Vgl. l. 17 D. mandati 17, 1. Paulus libro 7 ad Sabinum. Si mandavero tibi, ut a Titio decem exigeres, et ante exacta ea mandati tecum egero, si ante rem judicatam exegeris, condemnandum te esse constat. l. 9 § 5 D. de pign. a. 13, 7. R.G. Bd. 1 S. 425, Bd. 8 S. 415. Rocholl, Rechtsf. Bd. 2 S. 123.

9) l. 27 § 1 D. de rei vind. 6, 1, l. 7 § 4 D. ad exhibendum 10, 4, vgl. l. 30 pr. D. de peculio 15, 1. Windscheid Bd. 1 § 128 Anm. 5, Bähr, Urtheile des Reichsgerichts Bd. 1 S. 153. Zwischen den rechtlichen und den faktischen Bedingungen der Kondemnation will unterscheiden Savigny Bd. 6 S. 73.

Entrichtung von wiederkehrenden Leistungen, die erst nach Erlassung des Urtheils fällig werden. Sie erlaubt generell, auf künftige Leistung zu klagen, wenn den Umständen nach die Besorgniß gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde.

2. Die Dazwischenkunft des Prozesses verzögert die Erfüllung des Anspruches des Klägers zu dessen Nachtheil. Für diesen Nachtheil hat der Beklagte Ersatz zu leisten, wenn ihm eine Schuld zur Last fällt. Ist er nicht in Schuld, so soll ihm der Aufschub des Prozesses wenigstens keinen Vortheil bringen.[10]

Mit dem Prozeßbeginn tritt hiernach ein:

a) die Vererblichkeit unvererblicher Klagerechte;

b) die Unterbrechung der Klagenverjährung;

c) eine Ersatzpflicht des Beklagten für Untergang, Verschlechterung und Preisminderung der eingeklagten Objekte.

In dieser Hinsicht ist aber bei dinglichen Klagen zwischen dem unredlichen und dem redlichen Besitzer zu unterscheiden.[11 12]

Der unredliche Besitzer ist schlechthin zum Ersatz des Werthes

---

10) Die ältere gemeinrechtliche Doktrin nahm an, daß der Beklagte mit dem Prozeßbeginne in Verzug gerathe. Dies ist nicht richtig. Verzug im technischen Sinne setzt Schuld bei der Verzögerung voraus. Der Beklagte kann aber aus guten Gründen die Ansprüche des Klägers für ungerechtfertigt halten und ist dann sicher nicht in Schuld, wenn er sich vertheidigt. Daher sagt Julianus libro 17 digestorum l. 63 D. de R. J. 50, 17 qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere, vgl. l. 24 pr. D. de usuris 22, 1. Andererseits äußert Papinianus libro 20 quaestionum l. 3 pr. D. eod. . . . non facile evenire possit. ut mora non praecedente perveniatur ad judicem und Ulpianus libro 78 ad edictum l. 82 § 2 D. de V. O. 45, 1: et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit quam restituere. Es spricht also die Vermuthung dafür, daß der Schuldner, welcher prozessirt statt zu zahlen, im Verzuge ist. Daß er aus guter Ueberzeugung stritt, muß aus der Sachlage besonders und deutlich erhellen. B.G.B. §§ 291, 292 knüpft an die Rechtshängigkeit Rechtsfolgen ohne Rücksicht auf Verzug.

11) Es ist dies das Ergebniß der verfeinerten späteren Jurisprudenz. Das ältere Recht betrachtete jeden Besitzer von der Litiskontestation an, ohne Unterscheidung, als Frevler an dem Rechte des Klägers, als malae fidei possessor. Ulpianus libro 15 ad edictum l. 25 § 7 D. de her. pet. 5, 3 thut den Ausspruch: post item contestatem omnes incipiunt malae fidei possessores esse . . . coepit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is, qui interpellatur. Anklänge hieran finden sich noch in l. 2 C. de fructibus 7, 51; in l. 2 C. de pet. her. 3, 31 ist der Erwerb einer streitigen Sache in Frage. Dagegen unterscheidet Paulus libro 20 ad edictum l. 40 D. de her. pet. 5, 3 scharf zwischen praedones und bonae fidei possessores. Von den letzteren heißt es: nec enim debet indefensum jus suum relinquere. Die Entscheidungen, welche sich im corpus juris über die hier einschlägigen Fragen finden, sind nicht ohne Zwang zu vereinigen, weil ihre Verfasser von verschiedenen Standpunkten ausgingen. Das Princip von Paulus muß maßgebend sein. Vgl. übrigens Petražycki, Fruchtwertheilung S. 168.

12) Die Bestimmungen des B.G.B. §§ 987 ff. sind den römischen nachgebildet, indessen eigenartig gestaltet vgl. hierüber Dernburg, bürg. Recht Bd. 3 § 119.

der eingeklagten Sache zur Zeit des Prozeßbeginnes verbunden. Er kann sich nur durch den schwierigen Beweis befreien, daß der Schaden den Kläger auch bei rechtzeitiger Herausgabe getroffen hätte.[13] Hierzu muß er auch darthun, daß der Kläger die Sache im Fall der Herausgabe nicht verkauft und damit den Schaden von sich abgewälzt hätte.[14]

Der redliche Besitzer steht nach dem Prozeßbeginne für Untergang und Verschlechterung der eingeklagten Sache ein, wenn er sie verschuldete. Denn nach der Klageerhebung muß er beachten, daß er möglicherweise in fremde Rechte eingreift. Dies verbindet ihn zur sorgfältigen Obhut der eingeklagten Sache.[15]

d) Dem Kläger gebühren ferner die Früchte d. h. das Reineinkommen und sonstige Vortheile aus der Sache — omnis causa — die der Beklagte nach dem Prozeßbeginn zog.[16]

Außerdem hat der redliche Besitzer das Einkommen zu ersetzen, das er bei Sorgfalt aus der Sache hätte gewinnen können, der unredliche, was aus der Sache objektiv zu erzielen war, und selbst was etwa der Kläger aus seinen besonderen Verhältnissen darüber hinaus hätte gewinnen können.[17]

e) Prozeßzinsen, d. h. Zinsen der eingeklagten Summe für die Zeit der Dauer des Prozesses, sind dem Kläger zu erstatten.[18]

§ 155. Veräußerung des Streitobjektes.

Die Veräußerung des Gegenstandes eines anhängigen Rechtsstreits führt an sich zu einem Uebergang der Parteirolle vom Veräußerer auf den Erwerber. Ein solcher kann aber mancherlei Mißstände nach sich

---

13) l. 40 pr. D. de her. pet. 5, 3, l. 12 § 3 D. depositi 16. 3.

14) vgl. l. 15 § 3 D. de rei vind. 6, 1, l. 14 § 1 D. depositi 16, 3.

15) l. 21 D. de rei vind. 6, 1.

16) l. 2 D. de usuris 22, 1. Vgl. § 78 Ziff. 2.

17) Näheres unten bei der Eigenthumsklage in § 226.

18) Dies ist gemeine Gewohnheit. Das justinianische Recht ist bestritten. Eine Bestimmung, wonach allgemein Prozeßzinsen berechnet werden, findet sich hier nicht. Die l. 34 D. de usuris 22, 1 erkennt Prozeßzinsen bei bonae fidei judicia an; die l. 35 D. eod. Paulus libro 57 ad edictum: lite contestata usurae currunt besagt nur, daß die Zinsen verzinslicher Obligationen auch nach der Litiskontestation fortlaufen. Nach älterem Rechte wurden bei der actio certae pecuniae Prozeßzinsen nicht berechnet. Dieser Satz ist im justinianischen Rechte nicht wiederholt, aber auch nicht ausdrücklich beseitigt. Bei der condictio indebiti werden geradezu Prozeßzinsen verworfen, l. 1 § 1 C. de cond. indebiti 4, 5. Nach gemeinem Rechte haben aber alle Klagen die Natur von bonae fidei actiones. Es sind daher nach gemeinem Rechte allgemein Prozeßzinsen zuzuerkennen, selbst wenn man auf die Gewohnheit ein entscheidendes Gewicht nicht legen wollte. R.G. in Seuff. A. Bd. 48 n. 249. Uebereinstimmend B.G.B. § 291.

ziehen. Der Prozeß wird durch den Wechsel der Parteien verzögert, das bisher Verhandelte in Frage gestellt. Dazu kommt, falls es an einem durchaus zuverlässigen Richterstande fehlt, die Möglichkeit der Einschiebung von Persönlichkeiten, welche den Richter in einem dem Gegner ungünstigen Sinne ungebührlich beeinflussen. Diesen Gefahren sucht das Recht entgegenzuwirken.

1. In der römischen Kaiserzeit griff man zu dem heroischen Mittel eines Verbotes der Veräußerung und ihrer Bestrafung,[1] [2] so daß man für nichtig und strafbar erklärte: einmal die *Veräußerung aller rechtshängigen Klagen*, ferner die *Veräußerung der mit der Eigenthumsklage beanspruchten Sache durch deren Besitzer*.

Da die Veräußerung unwirksam war, ging der Prozeß ungeachtet derselben unter den ursprünglichen Parteien weiter.

Das Mittel war durchgreifend, aber verkehrsstörend und um so unerträglicher, je länger sich die Prozesse hinauszogen.

2. Die moderne Praxis und hiernach die C.P.O. schlugen daher dem Verkehre bequemere, wenn auch weniger einfache Wege ein.[3]

Die Veräußerung *ist nicht mehr verboten*, aber sie hat keinen unmittelbaren Einfluß auf den anhängigen Prozeß. Der *Veräußerer bleibt*, obgleich materiell nicht mehr betheiligt, *Prozeßpartei*. Das

---

1) Auch die Veräußerung vor dem Prozeß kann den Gegner verantwortlich machen. Der Besitzer einer Sache, welcher sie vor Anstrengung des Prozesses, der in Aussicht steht, veräußert, um dem Gegner einen lästigeren Beklagten entgegenzustellen, ist jenem auf das Interesse, z. B. wegen höherer Kosten, haftbar. Beispiele sind Veräußerung in eine fremde Provinz, an einen Mächtigeren. Tit. Dig. de alienatione judicii mutandi causa 4, 7. Da der Veräußerer in den bezüglichen Fällen meist auch der Vindikation unterliegt, weil er dolo desiit possidere — vgl. aber l. 4 D. h. t. — so hatte die Klage wegen alienatio judicii mutandi causa wenig Bedeutung. Siehe über diese Klage Wächter, Pandekten Bd. 1 S. 561.

2) Zuerst verbot ein Edikt von Augustus dem *Kläger* den Verkauf vindicirter italienischer Grundstücke während der Dauer des Prozesses. Nur der *Verkauf* war nichtig, nicht die auf Grund desselben erfolgte mancipatio und in jure cessio. Aber dem vindicirenden Erwerber trat die exceptio litigiosi entgegen, fragmentum de jure fisci 8, Gajus Inst. IV § 117a. Nichtig war auch die Dedikation der streitigen Sache in sacrum l. 3 D. de litigiosis 44, 6, ein Verbot, welches Manche ohne zureichende Gründe den 12 Tafeln zuschreiben. Die l. 3 C. de litigiosis 8, 36 untersagte später die Veräußerung aller anhängigen dinglichen oder persönlichen Klagen, der actiones litigiosae. Erst Justinian verbot auch dem *beklagten Besitzer* die Veräußerung der mit der Eigenthumsklage vindicirten Sachen, l. 5 C. eod. nov. 112 cap. 1. Das Geschäft war nichtig auch unter den Kontrahenten selbst und es war strafbar. Vgl. Bachofen, die römischen Veräußerungsverbote der res litigiosa, in seinen ausgewählten Lehren des Civilrechts 1848 S. 57; Brinckmann, Darstellung der rechtlichen Grundsätze über die Litigiosität 1849; Friedenthal, de rerum litigiosarum alienatione ex jure Romano, Berol. 1849.

3) C.P.O. § 265 ff. Ueber die gemeinrechtliche Entwickelung siehe Zimmermann im Archiv für civ. Praxis Bd. 35 S. 431, Bd. 36 S. 49.

heißt, er hat auch nach der Veräußerung den Prozeß weiterzuführen, und durch seine Erklärungen und Zugeständnisse dessen Schicksal zu bestimmen; ihm ferner sind immer noch etwaige Schiedseide zuzuschieben, er ist befugt sie zuzuschieben.[4] Nur mit Einwilligung des Gegners kann der Erwerber als Hauptpartei in den Prozeß eintreten. Als Nebenintervenient — socius litis — darf er sich dagegen zur Wahrung seiner Interessen beim Prozesse ohne weiteres betheiligen. Das Urtheil lautet für und gegen die Prozeßpartei und ist für und gegen sie vollstreckbar, wie wenn sie nicht veräußert hätte. Aber auch gegen den Rechtsnachfolger ist dasselbe in Ansehung der Sache selbst wirksam und vollstreckbar.[5] War derselbe jedoch in gutem Glauben, so kommen ihm die Begünstigungen zu gute, welche das heutige Recht gutgläubigen Erwerbern angedeihen läßt.[6]

Eine besondere Bestimmung besteht für Prozesse über Rechte zu Gunsten oder zu Lasten eines Grundstückes. Der Besitzer des Grundstückes gilt hierbei wie dessen Vertreter. Daher ist der Grundstückserwerber befugt und auf Antrag des Gegners verpflichtet, den Rechtsstreit in der Lage, in der er sich befindet, als Hauptpartei zu übernehmen.[7]

III. Die Verhandlung der Streitsache.

§ 156. Recht und Pflicht der Parteien im Prozeß.

1. Das Prozeßverfahren soll nach der C.P.O. ein mündliches sein. Der Richter hat daher nur das mündlich Verhandelte bei der Entscheidung des Rechtsstreites zu berücksichtigen.[1] In diesem Sinne sind die vorher gewechselten Schriften nur vorbereitend.[2]

2. Die Parteien haben die Thatsachen, aus welchen sich ihre Anträge rechtfertigen, dem Richter in der Verhandlung vorzutragen und so-

---

4) In Folge der Veräußerung tritt also zwar eine Succession in das materielle Recht ein, aber keine Succession in den Prozeß. Vgl. namentlich Kohler: Succession in die Prozeßverhältnisse in der Zeitschrift für Civilprozeß Bd. 12 n. 2, Reinhardt in Gruchots Beitr. Bd. 40 S. 71, R.G. Bd. 40 S. 340. Kohler bezeichnet die Fälle, in welchen die Prozeßpartei nicht die materiell am Recht betheiligte ist, als „Prozeßstandschaft". Vgl. auch Kohler, Prozeß als Rechtsverhältniß S. 83. Anders Wach bei Gruchot Bd. 30 S. 779.

5) C.P.O. § 325.

6) C.P.O. § 325 Abs. 2.

7) C.P.O. § 266.

1) C.P.O. § 128. Vgl. Wach, Vorträge S. 1 ff. Eine Anwendung macht R.G. Bd. 4 S. 379.

2) Dies gilt auch für die Klageschrift. Ueber ihre besondere Funktion der Feststellung der Streitsache siehe oben § 152.

weit sie bestritten sind zu beweisen, d. h. zur richterlichen Ueberzeugung zu bringen.[3] An eine bestimmte Reihenfolge, wie dies im gemeinen Prozesse der Fall war, sind sie nicht gebunden. Die Verhandlung ist ihrer natürlichen Entwickelung überlassen. Jede Partei kann daher bis zum Schlusse der Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, vorbringen, was zur Sache gehört.[4] Sie kann ihre früheren, unvollständig gebliebenen Vorträge ergänzen und berichtigen.

Rechtsausführungen der Parteien sind zulässig; sie können nützlich sein. Sie sind aber nicht unerläßlich, denn der Richter beurtheilt das beigebrachte Thatsachenmaterial selbständig.

3. Oft spricht man von einer Anführungs- und Beweispflicht und insbesondere von einer Defensionspflicht des Beklagten. Es handelt sich hierbei aber nicht um Verpflichtungen dem Gegner oder dem Staate gegenüber. Vielmehr werden nur die Bedingungen bezeichnet, unter welchen der Prozeß zu einem für die Betheiligten günstigen Ausgange geführt werden kann. Dies ist bezüglich der Anführungspflicht des Klägers unbestritten. Dagegen nehmen viele Schriftsteller an, daß dem Beklagten eine wahre Pflicht zur Einlassung in den Prozeß obliege.

Eine solche Pflicht bestand in der That nach dem römischen Prozeßsystem. Dasselbe machte die Konstituirung des Rechtsstreites von der Mitwirkung des Beklagten abhängig, behandelte sie folgerecht als Pflicht und erzwang sie durch Strafandrohungen.[5] Dagegen geht der heutige Prozeß seinen Gang, auch wenn der Beklagte nicht Theil nimmt. Dieser schädigt also durch sein Nichterscheinen Niemanden als sich selbst.

Erscheint nämlich der Beklagte im Termine zur Verhandlung über die Klage nicht oder verhandelt er nicht, so ist das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers, soweit es dem Beklagten in der Klageschrift kundgegeben war, als zugestanden zu erachten. Begründet dasselbe den Klageantrag, so ergeht auf Antrag gegen den Beklagten ein Versäumnißurtheil. Dasselbe ist binnen 2 Wochen von der Zustellung an durch Einspruch anfechtbar, welcher den Prozeß in die Lage vor dem Eintritt der Versäumung zurückversetzt. Erfolgt kein Einspruch, so wird das Versäumnißurtheil rechtskräftig.[6]

Dies sind zweckentsprechende Prozeßeinrichtungen, welche die Rechtsverfolgung sichern. Um Bestrafung einer Pflichtversäumniß

3) Man sagt „judici fit probatio" l. 1 C. de cond. ob turpem causam 4, 7.
4) C.P.O. § 278.
5) Vgl. oben § 128 Anm. 2.
6) C.P.O. §§ 330 ff.

des Beklagten handelt es sich hierbei dagegen nicht. Denn der Beklagte, welcher das Eingeklagte schuldet, erleidet durch das Versäumnißurtheil keinen Nachtheil, sondern empfängt sein Recht; nur wer nichts schuldete, wird getroffen. Vom Standpunkte einer Strafe aus wäre es unbegreiflich, die Versäumniß der Einlassung durch den Nichtschuldner zu ahnden, während der Schuldner straflos bleibt.[7]

§ 157. Der Klagevortrag.[1]

1. Der Kläger hat dem Gerichte die Thatsachen vollständig vorzutragen, aus welchen sich der Klageantrag rechtfertigt. Hierin liegt die *Substantiirung* seines Klagevortrages.

Keineswegs liegt aber dem Kläger ob, alle positiven und negativen Voraussetzungen der Entstehung und des Bestandes des Rechtes darzulegen, welches er in Anspruch nimmt. Damit wäre ein Ende nicht zu finden. Vielmehr genügt regelrecht die Erzählung der Thatsachen, welche die *wirkende Ursache* — causa efficiens — seines Rechtes bilden.[2] Man nennt diese Thatsachen die *rechtsbegründenden*. Hierher gehören auch diejenigen Thatsachen, welche die Legitimation zur Sache herstellen.[3]

2. Es ist Sache des Beklagten, die *rechtshindernden* Thatsachen darzulegen, d. h. diejenigen, aus welchen sich ergiebt, daß jene Ursache ihre regelmäßige Wirkung nicht hatte. Als rechtshindernd gilt anerkanntermeise der Mangel des Willens zum Geschäftsschluß, z. B. im Fall von Irrthum, Simulation, ferner die Verkehrsunfähigkeit des Objektes. Bestritten ist, ob die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Vertragschließenden, insbesondere die Volljährigkeit vom Kläger darzuthun ist, welcher sich auf einen Kontrakt beruft. Aber zu den rechtsbegründenden Thatsachen sind diese Umstände nicht zu zählen. Daher ist die Handlungsunfähigkeit als rechtshindernd vom Beklagten vorzubringen.

Es ist ferner Sache des Beklagten, *rechtsaufhebende* Thatsachen, z. B. die Zahlung und endlich *Exceptionen* anzuführen.

3. Ist die Darstellung der Thatsachen eine unklare oder unvollständige oder unschlüssige, so hat das Gericht durch Fragen auf die Erläuterung und Ergänzung hinzuwirken.[4]

---

7) Bülow im Archiv für civ. Praxis Bd. 62 S. 1 ff. „civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten" hat zuerst die richtige Ansicht vertreten. Hauptgegner ist Wach, Präklusion und Kontumaz in Grünhuts Zeitschrift Bd. 7 S. 130.

1) Wächter, würt. Pr.Recht Bd. 2 S. 433; Unger, östr. Pr.Recht Bd. 2 S. 450.

2) Wetzell, Civilprozeß § 15, § 16.

3) Vgl. hierüber oben § 152.

4) C.P.O. § 139. Hat der Richter von seinem Fragerecht keinen Gebrauch ge-

Bleibt dies erfolglos, so ist die Klage selbstverständlich abzuweisen, beziehungsweise nicht zu beachten.

4. Wird die Klage, nachdem sie wegen mangelnder Substantiirung abgewiesen war, erneut, und zwar in vollständiger und schlüssiger Weise so steht ihr die Einrede der Rechtskraft nicht entgegen. Denn über den jetzt vorgebrachten thatsächlichen Klagegrund wurde im früheren Prozesse nicht erkannt. Um diese Tragweite des Urtheiles über die unschlüssige Klage deutlich zu machen, pflegt man die Abweisung in der Formel „angebrachtermaßen" oder „in der angebrachten Art" auszusprechen.[5]

§ 158. Vertheidigung.

Vertheidigung ist Bekämpfung des Klageantrages. Sie geschieht theils durch Leugnen, theils durch Einreden.

1. Die Vertheidigung durch Leugnen besteht

a) in der Bestreitung der Klagethatsachen. Thatsachen, welche der Gegner nicht ausdrücklich bestreitet,[1] gelten als zugestanden; bestrittene Klagethatsachen hat der sie Anführende zu beweisen. Thatsachen jedoch, deren Richtigkeit dem Gerichte offenkundig ist, bedürfen keines Beweises, auch wenn sie bestritten werden, und die Anführung von Thatsachen, deren Unrichtigkeit beim Gerichte offenkundig ist, die z. B. unmöglich sind, hat der Richter nicht zu beachten, auch wenn sie nicht bestritten sind.[2]

b) Der Beklagte kann auch die rechtliche Begründung der Klage in Abrede stellen, also namentlich den Rechtssatz bekämpfen, welchen Kläger für sich geltend macht. Sowenig aber der Kläger die Rechtsnorm, aus der er seine Anträge ableitet, anführen muß, so wenig braucht sie der Beklagte ausdrücklich zu bestreiten. Es handelt sich um Erwägungen,

---

macht, so ist das wegen Mangels der Substantiirung abweisende Urtheil schon um dieses Umstandes willen mit den zuständigen Rechtsmitteln anfechtbar.

5) Man streitet darüber, ob auch nach der C.P.O. eine Abweisung „angebrachtermaßen" wegen mangelnder Substantiirung zulässig sei. Man beruft sich dagegen darauf, daß eben dem Richter nach der C.P.O. die Aufgabe zugewiesen ist, Unvollständigkeit der Parteivorträge durch geeignete Fragen zu beseitigen, vgl. R.G. Bd. 6 S. 356, Bd. 10 S. 175, 405. Wo dies aber zu keinem Ergebniß führt, muß es gleichwohl zur Abweisung angebrachtermaßen kommen. Vgl. Westerburg in Gruchots Beiträgen Bd. 24 S. 186; Rocholl, Rechtsfälle des Reichsgerichts Bd. 1 S. 22; Planck, Civilprozeß Bd. 1 S. 265. Die Abweisung angebrachtermaßen wegen prozessualer Fehler ist zweifellos noch zulässig, z. B. wenn eine Klage dem Beklagten ohne gerichtliche Terminsbestimmung zugestellt war. R.G. Bd. 13 S. 334.

1) C.P.O. § 138.

2) Vgl. oben § 25 Anm. 11. Nicht gerichtskundig ist, was der Richter als Privatperson, z. B. im Wirthshaus neben den Vertragsschließenden sitzend, erfuhr. Vgl. Richard Schmidt, die außergerichtlichen Wahrnehmungen des Proceßrichters 1892.

die der Richter von Amtswegen anzustellen hat. Die Partei wird es regelmäßig in ihrem Interesse finden, ihn hierbei zu unterstützen; rechtlich nothwendig ist dies jedoch nicht.

2. Durch Einreden stellt der Beklagte den Klagethatsachen selbständige Thatsachen entgegen, mittels deren er den Klageantrag bekämpft.[3]

3. Der Beklagte kann alle Vertheidigungsmittel neben einander geltend machen, sofern sie nicht im gegebenen Falle in direkten Widerspruch mit einander treten.[4]

In diesem Sinne ist dem Beklagten nicht verwehrt, die Klagethatsachen zu leugnen und daneben die Klage durch Einreden zu bekämpfen.[5] Daher der Spruch: qui excipit non fatetur.

§ 159. Die Beweislast.[1]

1. Was man zu beweisen hat, um im Prozesse zu siegen, bildet die Beweislast — onus probandi.[2]

2. Im Streitfall hat der Kläger die rechtsbegründenden Thatsachen[3] zu beweisen,[4] der Beklagte desgleichen die von ihm behaupteten Einredethatsachen,[5] und wiederum der Kläger Repliken,

3) Ueber den Begriff der Einreden und Einwendungen und ihr Verhältniß zur römischen Exception vgl. oben § 137.

4) l. 8 D. de exc. 44, 1. Paulus libro 14 ad Plautium. Nemo prohibetur pluribus exceptionibus uti, quamvis diversae sunt. l. 5 D. eod.

5) l. 9 D. de exc. 44, 1. Marcellus libro 3 Digestorum. Non utique existimatur confiteri de intentione adversarii is, quocum agitur, quia exceptione utitur. Es kann aber die Darstellung der Einredethatsache ein Zugeständniß der Klagethatsachen enthalten und ergeben, daß das vorhergehende allgemeine Ableugnen derselben nicht ernstlich und nicht zu berücksichtigen ist. Das ist nach Lage des Einzelfalls zu beurtheilen.

1) Tit. Dig. de probationibus et praesumtionibus 22, 3. Tit. Cod. de prob. 4, 19. A. D. Weber, Verbindlichkeit zur Beweisführung, 3. Auflage 1845; Bethmann-Hollweg, Versuche 1827 n. 5 S. 319; H. Gerber, Beiträge zur Lehre vom Klagegrund und der Beweislast 1858; Langenbeck, Beweisführung 1869; Maxen über Beweislast 1861; Brinckmann, die Begründung der Klagen des Reichsrechtes und gemeinen Rechtes 1883, 2 Bde.; Fitting, die Grundlagen der Beweislast 1888; Betzinger, die Beweislast 1894, Beckh, die Beweislast nach B.G.B. 1899; O. Hüppner, zur Lehre von der Beweislast im sächs. Arch. f. bürg. R. u. Proz. Bd. 1 S. 641. Siehe auch Wach, Civilprozeß Bd. 1 S. 125; Bähr in Iherings Jahrb. Bd. 25 n. 9; Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 18.

2) Im gemeinen Prozeß bestimmte ein besonderes Urtheil vor der Beweisaufnahme, was jede Partei zu beweisen habe. Der C.P.O. ist dies fremd.

3) Ueber Gerichtskunde siehe oben § 158 Anm. 2.

4) Sprüchwörtlich ist der Satz: actore non probante reus absolvitur. l. 4 C. de edendo 2, 1, l. 23 C. de prob. 4, 19, l. 2 C. de rei vind. 3, 32, R.G. Bd. 7 S. 46.

5) Hiernach pflegt man zu sagen: reus in exceptionibus fit actor. l. 19 pr. D. de prob. 22, 3.

der Beklagte Dupliken. Dieſe Regel iſt keine ausnahmsloſe. Eine mechaniſche Handhabung derſelben führt zu Härten und Mißgriffen. Erwägungen der Billigkeit und der praktiſchen Erfahrung fallen vielmehr bei der Vertheilung der Beweislaſt entſchieden in das Gewicht.[6]

a) Wird insbeſondere durch vertragswidriges Verhalten der einen Vertragspartei der anderen die Führung eines Beweiſes weſentlich erſchwert oder unthunlich gemacht, ſo tritt, ſoweit dies der Sachlage entſpricht, zur Ausgleichung Befreiung der letzteren von der Beweislaſt ein.[7]

b) Ueber das ferner, was wir wiſſen müſſen und worüber wir leicht Auskunft geben können, z. B. über den Betrag unſeres Vermögens, vom Gegner Beweis zu verlangen, widerſtreitet der Loyalität und den Zwecken des Prozeſſes.[8] Daher iſt z. B. der Beſitzer einer Erbſchaft verpflichtet, dem Erbſchaftskläger ein Verzeichniß der in Beſitz genommenen Objekte vorzulegen.[9]

c) Die ältere Doktrin lehrte, negative Behauptungen habe man nicht zu beweiſen. Die neueren Schriftſteller verwerfen dies ſchlechtweg. Sie gehen hiermit unſeres Erachtens viel zu weit. Im Allgemeinen hat man davon auszugehen, daß für den Richter nur dasjenige exiſtirt, was entweder zugeſtanden oder bewieſen iſt, andere Thatſachen ſind für ihn nicht vorhanden, daher hat Kläger deren von ihm behauptete Nichtexiſtenz meiſt zu beweiſen.[10] Es iſt daher unter Anderem ungerecht-

---

6) So auch Hanauſek, Fakturen und Faktura-Klauſeln 1891 S. 46. Vgl. l. 12. D. h. t. 22, 3, l. 19 C. de prob. 4, 19. Ob ein einmal begründeter Zuſtand als fortdauernd anzuſehen iſt, z. B. Leben, Wahnſinn, auch Beſitz, iſt nach der Sachlage zu beurtheilen. Der in der Praxis gern verwerthete Satz „Veränderungen werden nicht vermuthet“ iſt eine handliche, aber keine exakte Formel. Feſte Regeln verſucht Bekker, Bd. 1 S. 98 aufzuſtellen.

7) Vgl. z. B. unten Bd. 2 § 95 Anm. 13.

8) Die Verpflichtung von Aſcendenten und Deſcendenten zur Reichung von Alimenten iſt unter anderem durch die Leiſtungsfähigkeit des Verpflichteten bedingt. Aber es iſt um deswillen nicht richtig, wie R.G. Bd. 4 S. 154 annimmt, daß der Alimentenkläger die Leiſtungsfähigkeit des Beklagten zu beweiſen habe. Dieſer kann und muß vielmehr über ſein Vermögen und Einkommen Auskunft geben. Unnatürlich und unbillig iſt es, wenn dem Kläger nähere Angaben und Beweiſe über derartige Verhältniſſe des Beklagten zugemuthet werden.

9) R.G. Bd. 8 S. 164. Vgl. unten Bd. 3 § 173 Anm. 6, B.G.B. § 2027.

10) Altüberkommene Beweisregel war: negativa non sunt probanda. Sie wurde von Weber a. a. O. §§ 9 ff. und Bethmann-Hollweg, Verſuche n. 5 S. 324 ff. bekämpft und iſt ſeitdem faſt verdrängt. Die Quellen ſind jedoch der Regel günſtig. l. 2 D. de prob. 22, 3, Paulus libro 69 ad edictum: ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat. erklärt man freilich ſo, daß wer ein Recht geltend mache, zu beweiſen habe. Mag dies auch richtig ſein, ſo gehen die Aeußerungen von Diokletian ſicher davon aus, daß negative Thatſachen nicht beweisbar ſeien, l. 23 C. de prob. 4, 19 . . . cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit, l. 10 C. de non numerata pecunia 4, 30 . . . negantem numerationem, cujus naturali ratione probatio nulla est.

fertigt, vom Darlehnsgläubiger, welcher für den Fall nichtpünktlicher Berichtigung der Zinsen das Recht der Kündigung des Kapitals hat und hiervon Gebrauch macht, den Beweis der Nichtberichtigung der Zinsen, oder vom Vermiether, welcher das Recht der Exmission des Miethers bei Nichtzahlung des Miethzinses hat, den Beweis dieser Nichtzahlung zu verlangen. Ein solcher Beweis läßt sich in der Regel nicht führen. Den Gläubiger zu nöthigen, zuvörderst die Zinsen einzuklagen, weil dabei dem Beklagten der Beweis der Zahlung des Geschuldeten obliegt, und erst nach rechtskräftiger Verurtheilung auf Zinsenzahlung die Kündigungs- oder Exmissionsklage anzustellen, ist zweckloser Umweg.[11 12]

Es giebt jedoch Fälle, in welchen der Kläger seine negativen Behauptungen beweisen muß und zwar aus dem Grund, weil der Richter in Ermangelung dieses Beweises das Gegentheil annehmen muß. Ist z. B. eine angebliche Schuld gezahlt, so wird sie damit vom Zahlenden anerkannt und der Richter muß daher annehmen, daß die Schuld bestand. In diesem Falle muß daher der Zahlende, welcher die Existenz der Schuld, auf die er zahlte, leugnet, deren Nichtexistenz beweisen.[13]

3. Die juristischen Thatsachen lassen sich häufig nur durch *Schlußfolgerungen* aus anderen Thatsachen erhärten, die zugestanden oder bewiesen sind. Diese Schlußfolgerungen können auf allgemeinen Erfahrungssätzen beruhen, über deren Anwendung der Richter frei befindet; dann spricht man wohl von *thatsächlichen Vermuthungen*. Häufig aber weist das Gesetz den Richter an, aus einer bestehenden Thatsache eine andere zu folgern, sei es, daß er die Schlußfolgerung für überzeugend oder im Interesse der Sicherheit des Verkehres oder aus anderen Gründen für nützlich hält. Hierin liegen *Rechtsvermuthungen*[14] — praesumtiones juris, — welche die Beweislast erheblich beeinflussen. Sie sind *einfache*, wenn sie, was in der Regel anzunehmen ist, durch Gegenbeweis *widerleglich* sind.[15] Es giebt aber auch *unwider-*

11) Gleiches Ergebniß Seuff. A. Bd. 43 n. 13 (R.G.).

12) Andere noch schlagendere Beispiele sind: die gesetzliche Erbfolge gründet sich darauf, daß kein Testament des Erblassers vorhanden ist; aber der gesetzliche Erbe hat dies nicht zu beweisen; ferner daß kein näherer erbberechtigter Verwandter existirt; aber er genügt seiner Beweispflicht, wenn er seine Verwandtschaft mit dem Erblasser in einem die Erbfolge ermöglichenden Grade darthut. R.G. Bd. 8 S. 172. Vgl. weiter die Fälle bei Seuffert, Archiv Bd. 34 S. 161, R.G. Bd. 1 S. 382. Siehe auch Knierim, Behauptungspflicht und Beweislast bei der Zahlung eines angemessenen Kaufpreises 1896 S. 117.

13) l. 25 pr. D. de prob. 22, 3.

14) Burckhard, die civilistischen Präsumtionen 1866, Ferrini, presumzioni in diritto romano, rivista italiana per le scienze giuridiche Bd. 14 S. 258 ff., C.P.O. § 292.

15) Vgl. z. B. C.P.O. §§ 162 Abs. 2, 437, 440.

legliche Rechtsvermuthungen, bei welchen der Gegenbeweis ausgeschlossen ist — praesumtiones juris et de jure.[16]

4. Durch welche Mittel Beweise geführt werden, ist im Prozeßrecht zu zeigen. Die hauptsächlichen Beweismittel sind: richterlicher Augenschein, Zeugen, Sachverständige, Urkunden, Eid. Außergerichtliche Geständnisse und Indicien bilden Unterlagen des Urtheiles, sind aber selbst Gegenstand des Beweises, nicht Beweismittel.[17]

5. Im gemeinen Prozeß bestanden allgemeine Regeln, nach welchen der Richter die vorgebrachten Beweise abzuschätzen hatte. Gemäß der C.P.O. würdigt aber der Richter die Beweise nach seiner Ueberzeugung.

Unterlage des Urtheiles kann auch die unvordenkliche Zeit bilden.

§ 160. Die unvordenkliche Zeit.[1]

1. Was seit Menschengedenken wie ein Recht bestand, gilt als rechtmäßig begründet. Es hat für sich die Gewähr der unvordenklichen Zeit oder, wie man auch sagt, der unvordenklichen Verjährung — praescriptio immemorialis.

2. In Rom sicherte die unvordenkliche Zeit gewisse Verhältnisse des Grundeigenthums, die aus uralten Zeiten, zum Theil der ersten Ansiedelung, stammten und deren ursprüngliche Begründungstitel verschollen waren. Es waren dies öffentliche Wege,[2] ferner Anlagen, welche die Wasserläufe regelten, endlich Wasserleitungen.[3] Die gemeinrechtliche Praxis läßt, gestützt auf kanonisches Recht und deutsche Rechtsanschauung, allen unvordenklichen, einer rechtlichen Fixirung fähigen dauernden Zuständen Schutz angedeihen.[4] Positive Rechte und

16) Vgl. H.G.B. § 344 Abs. 2. Sie berühren sich mit den Fiktionen — oben § 38 Anm. 6 — vgl. Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 24.

17) Vgl. C.P.O. §§ 282 ff. Die Litteratur über die Beweismittel siehe bei Seuffert, bisher. C.P.O. § 255.

1) Pfeiffer, praktische Ausführungen 1828 Bd. 2 S. 3 ff.; P. H. J. Schelling, die Lehre von der unvordenklichen Zeit 1835; Arndts Beiträge I. 3 — civ. Schriften I. 8; Savigny Bd. 4 S. 480; A. Schmidt, civ. Abh. S. 169; Friedländer, die Lehre von der unvordenklichen Zeit 1843; Leonhard, Gutachten des dsch. Juristent. 1882 Bd. 1 n. 12; Gierke, deutsch. Privatr. Bd. 1 § 35 IV. B.G.B. erwähnt die „unvordenkliche Zeit" nicht. Sie bleibt auch unter seiner Herrschaft wichtig für die dem Landesrecht überlassenen Materien und hiervon abgesehen für Zustände, die vor seinem Inkrafttreten über Menschengedenken hinaus bestanden.

2) l. 3 pr. D. de locis et itin. publ. 43, 7.

3) l. 1 § 23 D. de aqua pluvia 39, 3. l. 2 pr. D. eod.; Burckhard, die a. aquae pluviae arcendae 1881 S. 362. — l. 3 § 4 D. de aqua quot. 43, 20, l. 26 D. de a. aquae pluviae 39, 3.

4) Savigny S. 510 behauptete, die unvordenkliche Zeit komme nur in Betracht bei Verhältnissen publicistischen Charakters. Aber dieser Gesichtspunkt ist nicht

Befreiungen von Rechten, Zustände des Grundeigenthums und obligatorische Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen,[5] Befugnisse rein privatrechtlicher Natur und solche publicistischer Art, z. B. Steuerbefreiungen, finden daher ihre Gewähr in der Unvordenklichkeit. Sie ersetzt den Nachweis von Privilegien wie von privaten Titeln.

3. Es ist ein Doppeltes erforderlich:

a) Es muß *positiv* feststehen, daß der Zustand seit sehr langer Zeit ununterbrochen dauerte.[6] Die Praxis fordert hierfür 40 Jahre.

b) Es ist *negativ* zu erweisen, daß keine sichere Kunde von einem anderen Zustande im menschlichen Gedächtnisse lebt.[7] Dies läßt sich direkt nur darthun durch Zeugen. Sie müssen bereits vor 40 Jahren von dem fraglichen Verhältnisse Kunde gehabt haben und bezeugen, einmal, daß der Zustand mindestens 40 Jahre stetig dauerte, und zweitens, daß sie von einem anderen Zustande aus der früheren Zeit nichts wissen, auch nichts darüber von den Vorfahren gehört haben.[8]

Nach rationeller Praxis haben Urkunden, welche das Bestehen des Zustandes durch zwei Generationen darthun, die gleiche Bedeutung wie solche Aussagen.

Die Uebung muß die eines *Rechtes* gewesen sein. Es darf sich also nicht um Ausnutzung einer bloßen Vergünstigung oder um eine bewußte Usurpation gegenüber Nachgiebigkeit oder Nachlässigkeit gehandelt haben.[9] Bilden entsprechende Zustände allgemein oder lokal der Regel nach Gerechtsame, so ist der Rechtscharakter der Uebung anzunehmen, sonst hat ihn der Präskribent zu erweisen.

Thatsachen, welche eine *unrechtmäßige Entstehung* darthun, *entkräften die Unvordenklichkeit*. Reichen sie in die Zeit vor

---

einmal für das römische Recht schlechthin entscheidend. Gemeinrechtlich hat unser Institut zweifelsohne eine viel weiter gehende Anwendung.

5) R.G. Bd. 26 S. 171.

6) Es wird „vetustas" erfordert. Aber nicht überall, wo die Autorität der vetustas angerufen wird, ist von unvordenklicher Verjährung die Rede, vgl. Schmidt a. a. O.

7) l. 28 D. de probationibus 22, 3. Labeo libro 7 pithanon a Paulo epitomatorum. Paulus . . . cum omnium haec est opinio nec audisse nec vidisse, cum id opus fieret neque ex eis audisse, qui vidissent aut audissent: et hoc infinite similiter susum versum accidet, cum memoria operis facti non exstaret.

8) Nicht bloß, was die Zeugen selbst von ihren Vorfahren hörten, sondern auch was diese von den Vorfahren vernahmen und weiter den Zeugen berichteten, kommt in Betracht, l. 28 D. de prob. cit.; doch ist dies bestritten, vgl. Savigny S. 535. Was über zwei Generationen hinausliegt, ist nur zu beachten, falls der ununterbrochene Zusammenhang mit dem jetzigen Zustande feststeht. Dies ist innerlich berechtigt und entspricht der Jurisprudenz.

9) R.G. Bd. 17 S. 123.

zwei Generationen hinauf, so ist dies aber nur dann der Fall, wenn sich der spätere Zustand nachweisbar *fortgesetzt* auf jenen Anfang gründete.

4. Streitfrage ist, ob die Unvordenklichkeit als wahre *Verjährung* oder als *Vermuthung* dereinstiger rechtmäßiger Entstehung aufzufassen ist. Das Letztere ist das Richtige. Das Recht gilt als altbegründet, nicht als jetzt geschaffen. Unvordenklicher Adel z. B. ist alten, nicht neuesten Datums.[10]

Daher schützt die unvordenkliche Zeit auch Rechte, die derzeit nicht mehr begründbar wären, sofern sie in alten Zeiten legal in das Leben treten konnten. Gerechtsame, welche das jetzige Recht absolut ausschließt, finden aber auch in der Unvordenklichkeit keinen Schutz.

IV. Das Urtheil über die Streitsache.

§ 161. Formelle und materielle Rechtskraft.

1. Ziel und normales Ende des Prozesses ist das rechtskräftige Urtheil.

Man unterscheidet formelle und materielle Rechtskraft. *Formell* rechtskräftig ist das Urtheil, wenn es *den anhängigen Prozeß endgültig schließt*. Dasselbe muß also die Streitsache selbst entscheiden und darf nicht mehr durch prozessualische Schritte anfechtbar sein, welche an eine Frist gebunden sind und die Fortsetzung des Prozesses vermitteln.[1] Dahin gehörende Rechtsmittel sind nach der C.P.O. die Berufung und die Revision an das Reichsgericht;[2] bei Versäumnißurtheilen hemmt der Einspruch die Rechtskraft. Nicht gehindert wird die Rechtskraft durch die Möglichkeit einer Nichtigkeits- oder Restitutionsklage oder einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Ablauf der Rechtsmittelfrist. Auf diesem Wege kann also nur die *Beseitigung* des rechtskräftig gewordenen Urtheils erzielt werden.

---

10) Die Gegner legen Gewicht darauf, daß das kanonische Recht die Unvordenklichkeit als „praescriptio" bezeichnet, l. 1 de praescr. in 6to 2, 13, *und* daß die Reichsgesetze von unvordenklicher „Verjährung" reden. So z. B. Windscheid Bd. 1 § 113 Anm. 4. Es hat dies aber wenig zu bedeuten, da man „praescriptio" wie „Verjährung" in sehr weitem Sinne zu gebrauchen pflegte. Eine wahre Verjährung nehmen an Unterholzner, Pfeiffer Bd. 2 S. 80, Windscheid a. a. O. Anm. 4. Für eine Vermuthung erklärten sich die meisten Schriftsteller des vorigen und jetzigen Jahrhunderts, vgl. die bei Leonhard a. a. O. S. 272 Angeführten, wie auch Hölder, Pand. § 38.

1) C.P.O. § 705 unterscheidet „Rechtsmittel" und „Einspruch".

2) Vgl. R.G. Bd. 6 S. 381.

Die formelle Rechtskraft ist Vorbedingung der materiellen.[3] Diese ist die Eigenschaft des Urtheiles, wonach sein Inhalt unter den Parteien Recht ist.

2. Das Urtheil bezweckt gewöhnlich nicht neues Recht zu begründen;[4] es ist vielmehr authentische Deklaration des bestehenden Rechtes. Das Urtheil z. B. über eine Eigenthumsklage zu Gunsten des Klägers bildet keinen neuen Erwerbstitel, sondern nur Anerkennung des im Prozesse geltend gemachten Titels.[5]

Allerdings trifft das rechtskräftig Festgestellte nicht immer mit dem materiellen Recht überein. Denn oft fehlen den Parteien die Beweise für ihr Recht; häufig führen sie ihre Sache schlecht; es kann auch der Richter in der Beurtheilung irren. Dies alles kommt aber für den Staat nicht mehr in Betracht. Er hat den Parteien das Verfahren eröffnet, um ihre Rechte zu wahren; er gab ihnen Gelegenheit, die Sache mehrfach gerichtlich prüfen zu lassen. Für ihn ist sie durch das rechtskräftige Erkenntniß erledigt; sie ist liquid d. h. für ihn klar gestellt. Denn daß die Rechte zur Unanfechtbarkeit durch gerichtliches Erkenntniß gelangen können, ist von höchster Bedeutung für die bürgerliche Gesellschaft. Dieser Vortheil läßt sich aber nur dadurch erkaufen, daß unter Umständen auch ein unrichtiger Spruch unanfechtbar wird.

3. Das verurtheilende rechtskräftige Erkenntniß verleiht dem Rechte des Klägers noch andere Eigenschaften. Es begründet dessen Vollstreckbarkeit.[6] [7] Auch werden durch die rechtskräftige Verurtheilung an und für sich unverzinsliche Ansprüche verzinslich.[8] Kurz verjährbare

---

3) Die Litteratur über die Rechtskraft des Urtheils ist besonders reich. Eingehend behandelt diese Lehre Savigny Bd. 6 S. 267 ff. Vgl. auch die dort angeführten Schriften; des weiteren Pfeiffer im Archiv für civ. Praxis Bd. 37 n. 4 und n. 10; Bekker, die prozessualische Konsumtion 1853; Krüger, prozessualische Konsumtion 1864; Rümelin, zur Lehre von der exceptio rei judicatae 1875. Seit Inkrafttreten der C.P.O. Freudenstein, die Rechtskraft 1881; Klöppel, die Einrede der Rechtskraft 1882; Planck, Lehrbuch des Civilprozeßrechts 1887 Bd. 1 S. 254; Sal. Tobler, Gegenstand und Umfang der Rechtskraft. Berl. Inaug.Diss. 1892.

4) l. 8 § 4 D. si servitus vind. 8, 5. Ulpianus libro 17 ad edictum . . . per sententiam non debet servitus constitui, sed quae est declarari. Es giebt Urtheile, welche den Zweck haben, neue Rechtsverhältnisse zu begründen, z. B. die über Theilungsklagen, Ehescheidungsurtheile; dies sind besondere Fälle.

5) l. 25 D. de statu hominum 1, 5, Ulpianus libro 1 ad legem Juliam et Papiam . . . res judicata pro veritate accipitur. Savigny S. 261 bezeichnet die Rechtskraft als „Fiktion der Wahrheit", eine Formel, die freilich nicht glücklich ist, denn Wahrheit und Fiktion stehen in unversöhnlichem Gegensatze. Vgl. Bülow im Archiv für civ. Praxis Bd. 62 S. 95; Klöppel a. a. O. S. 61.

6) C.P.O. § 704.

7) Die Römer sprechen von einer obligatio, quae ex causa judicati descendit, l. 4 § 7 D. de re judicata 42, 1, von judicati actio l. 4 § 2 D. cit.

8) l. 3 C. de usuris rei judicatae 7, 54, l. 13 C. de usuris 4, 32. Gemäß

Rechte ferner unterliegen nach der Verurtheilung der Verjährung von 30 Jahren.

4. Verurtheilende wie absolutorische Erkenntnisse begründen die exceptio rei judicatae.

§ 162. Die exceptio rei judicatae.

1. Man unterscheidet eine negative und eine positive Funktion der exceptio rei judicatae.[1] In ihrer negativen Funktion beruft sie sich auf das Dasein eines früheren Urtheiles über die Sache, um die Erneuerung des Streites auszuschließen; in ihrer positiven Funktion bringt sie den Inhalt des früheren Urtheiles zur Geltung.

2. Die römische exceptio rei judicatae war grundsätzlich negativer Funktion.

Die Römer gingen von dem Satze aus, daß über dieselbe Streitsache nicht zweimal gestritten werden solle. Die einmal angestellte Klage verbrauchte — konsumirte — den eingeklagten Rechtsanspruch. Er war im Anspruch auf Verurtheilung des Beklagten im anhängigen Prozesse aufgegangen. Siegte der Kläger, so hatte er die actio judicati und bedurfte einer Klage aus dem zu Grunde liegenden Rechte in der Regel nicht mehr; war er abgewiesen, so sollte die Abweisung eine endgültige sein.[2] Dementsprechend lautete die exceptio rei judicatae zur Zeit des Formularprozesses: si ea res q. d. a. judicata vel in judicium deducta non est inter A^m A^m et N^m N^m. Im Grunde schnitt schon die Litiskontestation — res in judicium deducta — jede Erneuerung der Klage ab. Die Berufung auf die Aburtheilung war streng juristisch nach klassischem Rechte nicht einmal nothwendig. Indessen praktisch stützte sich der Beklagte, wenn

---

dem justinianischen Rechte hatte der Beklagte nach dem Urtheile 4 Monate lang keine Zinsen zu zahlen, später liefen 12%. Dies war nie gemeinrechtlich und ist jedenfalls durch das Einführungsgesetz zur C.P.O. § 14 Ziff. 4 ausgeschlossen. So auch Windscheid Bd. 1 § 129 Anm. 5b.

1) Diese Ausdrücke hat Keller in „Litiskontestation und Urtheil" gewählt, und sie sind eingebürgert. Keller hebt S. 223 hervor: „Wenn wir von verschiedenen Funktionen der exc. rei judicatae sprechen, so kann das natürlich nicht in Beziehung auf die endliche Wirkung, den Erfolg der Einrede geschehen, denn dieser ist bei allen Exceptionen immer derselbe, nämlich Abweisung der Klage; wohl aber kann eine bestimmte Exception bald aus diesem, bald aus jenem Grunde ertheilt werden — also bald bloß zum Zweck der Zerstörung, der Konsumtion, bald zur Geltendmachung des positiven Inhaltes des Urtheiles."

2) Alter Rechtsspruch war: bis de eadem re ne sit actio, vgl. Bekker, Konsumtion § 4; Krüger, Konsumtion § 1. Die legis actiones konsumirten hiernach den früheren Anspruch ipso jure; in der Zeit des Formularprozesses trat die Konsumtion ipso jure nur bei den actiones in personam legitimo judicio ein, bei anderen Klagen aber ope exceptionis, Gaj. Inst. III § 180, IV § 106.

die Sache einmal abgeurtheilt war, lieber auf das Urtheil, dessen Urkunde sich auch ohne Zweifel länger erhielt, als andere Prozeßschriftstücke. Berufung auf das Urtheil war nothwendig, falls die Sache nicht eingeklagt und dennoch abgeurtheilt war, z. B. wenn der Richter eine vom Beklagten zur Kompensation vorgeschützte Gegenforderung als nichtbestehend zurückgewiesen hatte.[3]

Im justinianischen Rechte geschah die Konsumtion nicht mehr durch die Litiskontestation, sie ist hier Folge des Urtheiles.

3. Man streitet darüber, ob die exceptio rei judicatae in Rom auch eine positive Funktion annahm, ob sie also einen Doppelcharakter gewann?[4] Grundsätzlich blieb sie Organ der Konsumtion, aber in Einzelfällen hat man dem praktischen Bedürfniß und der Billigkeit nachgegeben und den Inhalt des früheren Urtheiles zur Geltung gebracht. Hiernach milderte man einerseits Härten, die sich aus der negativen Funktion der exceptio rei judicatae ergaben,[5] und gewährte die exceptio andererseits auch in Fällen, in welchen es sich nicht einfach um die Wiederholung einer früheren Klage handelte.[6]

4. Die Hauptfrage war, wann liegt Identität der Streitsachen — eadem res — vor?

Zunächst hielt man sich an die Gestalt der actio. War dasselbe Objekt früher eingeklagt und zwar mit der gleichen Klage, so schien eadem res mit Händen zu greifen. Aber daß dies nicht ausreichte, muß früh klar geworden sein. Denn nach der Entwickelung des

3) Keller, Litiskontestation S. 209, und auch die späteren Schriftsteller nahmen an, es habe zwei Exceptionen gegeben, nämlich rei in judicium deductae und rei judicatae. Mit Recht hat aber Lenel, edictum perpetuum S. 404, bemerkt, daß Gajus stets nur von einer exceptio zu melden weiß, vgl. Gaj. Inst. III § 181, IV §§ 106, 107, 121. Dagegen freilich Eisele, Abh. z. röm. Civilprozeß S. 4.

4) Keller, Litiskontestation §§ 28 ff., vertheidigte die Ansicht, daß die exceptio rei judicatae die beiden Funktionen im klassischen Rechte vereinigte. So auch Savigny Bd. 6 S. 20 ff. Dagegen hat Bekker, die prozessualische Konsumtion 1853, ausgeführt, daß die exceptio rei judicatae nur eine negative Funktion im römischen Rechte gehabt habe, vgl. auch Dernburg, Heidelberger krit. Zeitschrift Bd. 2 S. 347, Preuß. Pr.Recht Bd. 1 § 136; Brinz Bd. 1 S. 319. Andererseits siehe Windscheid, actio § 10; Krüger S. 136; Rümelin a. a. O.

5) Die allgemeine Betrachtung von Paulus, libro 70 ad edictum, l. 6 D. de exc. rei jud. 44, 2, ruht auf der Idee der Konsumtion: Singulis controversiis singulas actiones unumque judicati finem sufficere probabili ratione placuit; ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuntiarentur. parere ergo exceptionem rei judicatae frequens est. Ob parere hier gleich apparere, d. h. sie kommt oft zum Vorschein, steht, oder parere heißt, d. h. es wird eine exceptio erzeugt, ist bestritten.

6) Restitution erwähnt l. 2, l. 11 pr. D. de exc. rei jud. 44, 2, Replikation l. 24 D. cit. Eingehende Untersuchungen in dieser Hinsicht giebt Keller a. a. O. §§ 57 ff.

Aktionensystems wurde es möglich, daß derselbe Anspruch durch verschiedene Klagen zur Geltung gebracht werden konnte. Andererseits war häufig für ganz verschiedene Ansprüche die actio gleichlautend.[7]

Julian betrachtete daher als entscheidend, ob dieselbe Frage — quaestio — Gegenstand des späteren Prozesses wie des früheren sei.[8] Eine präcise Formulirung dessen, was er unter der „gleichen Frage" dachte, hat er indessen nicht versucht. Die allgemeine Wendung ließ die Sache im Dunkeln. Spätere erklärten, es müsse sich um dasselbe Recht und um dasselbe Objekt handeln.[9] Im Einzelnen folgte man einem gewissen praktischen Gefühl; an Streitfragen fehlte es nicht.

Uebereinstimmend unterschied man zwischen dinglichen und persönlichen Klagen.

a) Bei den dinglichen Klagen legte man für die Regel das Hauptgewicht auf die Identität des Streitobjektes und der Klage.[10] Die Verschiedenheit des Erwerbsgrundes wurde nicht in Betracht gezogen.[11]

Wenn aber der früher abgewiesene Eigenthumskläger später das Eigenthum erwarb, so konnte er, gestützt auf den neuen Erwerbsgrund, die früher vindicirte Sache wiederum vindiciren.[12] War ferner der Eigenthumskläger abgewiesen, weil der Beklagte nicht besaß, so konnte er auf das Neue vindiciren, wenn dieser später den Besitz der Sache erlangte.[13] Hatte endlich der Kläger „expressa causa", z. B. auf Grund einer Specifikation, ausdrücklich vindicirt und war abgewiesen, so durfte er die Vindikation, gestützt auf andere Erwerbsgründe, z. B. ein Legat, erneuen.[14]

b) Die Identität der persönlichen Klagen bemaß man dagegen

---

7) Vgl. l. 8, l. 11 § 3, l. 26 § 1 D. h. t. 44. 2.

8) l. 3 D. h. t. 44, 2, l. 7 § 4 D. eod., vgl. auch l. 30 D. eod. Es handelte sich für Julian vorzugsweise darum, daß es auf dasselbe genus judicii nicht ankomme; es genüge, meint er, daß in den beiden Prozessen um dieselbe Frage gestritten werde. Eine grundsätzliche Anerkennung der positiven Funktion der Rechtskraft, die namentlich Savigny S. 417 ff. hier sucht, ist unseres Ermessens in Julians Ausspruch nicht zu finden. Derselbe ist nur nach der negativen Seite bestimmt; positiv giebt seine Antwort wenig. Denn das ist eben die Frage, wann man anzunehmen hat, es handle sich in beiden Prozessen um dieselbe Frage.

9) l. 12 D. h. t. Paulus libro 70 ad edictum. Cum quaeritur haec exceptio noceat nec ne, inspiciendum est an idem corpus sit, l. 13 Ulpianus libro 75 ad edictum: quantitas eadem, idem jus.

10) Vgl. hierüber namentlich l. 7 D. h. t. 44, 2.

11) l. 11 pr. § 1. § 5 D. h. t. 44, 2, l. 30 pr. D. eod.

12) l. 11 § 4 D. h. t. 44, 2.

13) l. 9 pr., l. 17. l. 18 D. h. t.

14) Vgl. oben § 151.

an erster Stelle nach der Identität des Entstehungsgrundes — der causa.[15] Auch dasselbe Klageobjekt sollte vorhanden sein; allzu genau nahm man es mit der Identität des Objektes nicht.[16]

§ 163. Die Rechtskraft nach Reichsrecht.

I. Dem gemeinen Rechte war der Satz fremd, daß das Klagerecht durch Anstellung der Klage, beziehungsweise durch Urtheil über dieselbe konsumirt sei. Die exceptio rei judicatae in ihrer negativen Funktion gehört in Folge dessen dem heutigen Recht nicht mehr an.[1]

II. Die Rechtskraft hat nur die Folge, daß der Inhalt des früheren Urtheils dauernd maßgebend ist.

1. Die Klage macht aber nicht mehr wie in Rom ein bestimmtes typisches Recht geltend, z. B. ob Eigenthum bestehe oder nicht bestehe, sie verlangt vielmehr einen Rechtsspruch darüber, ob die vorgebrachten Thatsachen den Klageantrag rechtlich begründen. Ansprüche, welche sich aus anderen rechtsbegründenden Thatsachen herleiten, werden daher durch denselben nicht berührt.[2] Hiernach hindert die Abweisung einer Eigenthumsklage deren Wiederanstellung, gestützt auf eine andere causa, nicht. Die römische Unterscheidung zwischen a. in rem und in personam ist also nicht mehr festzuhalten.

2. Eine Streitfrage gewann im gemeinen Rechte große Bedeutung. Zur Rechtfertigung seines Klageantrages muß der Kläger häufig die Existenz eines Rechtsverhältnisses thatsächlich begründen und nachweisen, welches eine Vorfrage für den Klageanspruch bildet. Klagt man z. B. Zinsen ein, so ist zur Begründung der Klage der Nachweis einer Kapitalforderung nöthig. Wird nun, dies ist die Frage, bloß das Urtheil über den Klageantrag — also über die eingeklagten Zinsen — rechtskräftig, oder auch die Entscheidung über das ihn bedingende Rechtsverhältniß — also über das Kapital. Das Letztere hat gute Gründe für sich. Der Richter muß sich in Folge des Klageantrages mit der Vorfrage befassen, er hat sie gründlich und vollständig zu erörtern, zu prüfen und zu entscheiden. Der Staat behandelt daher mit

15) l. 14 § 2 D. h. t. oben abgedruckt § 151 Anm. 3.

16) l. 14 pr. D. h. t., vgl. auch l. 25 § 1 D. h. t.

1) Der in einem früheren Verfahren verurtheilte Schuldner kann gleichwohl nur dann noch einmal verurtheilt werden, wenn der Gläubiger wie z. B. bei auswärtigen früheren Urtheilen der Fall sein kann, an nochmaliger Verurtheilung ein berechtigtes Interesse hat. R.G. Bd. 16 S. 434.

2) Wir setzen hierbei voraus, daß die Klage auch nach der C.P.O. dasselbe Wesen hat, wie nach gemeinem Recht, vgl. oben § 152. Siehe auch mein Preuß. Pr.Recht Bd. 1 § 137. Einverstanden Planck a. a. O. S. 259.

Fug das Ergebniß, zu dem seine Organe bezüglich jener Vorfrage schließlich kommen, als Recht zwischen den Parteien. Dies wurde auch auf Grund der Autorität Savignys[3] im gemeinen Rechte herrschende Ansicht.[4] Indessen fehlte es nicht an Gegnern. Man machte praktische Bedenken geltend. Man hob hervor, daß die Parteien dem Prozesse leicht, wenn es sich nach dem Klageantrage nur um Minderes handelt, nicht volle Aufmerksamkeit widmeten und schließlich durch die größere Tragweite der Entscheidung überrascht würden.[5]

Hiernach verfügt die C.P.O. § 322 nunmehr, daß Urtheile der Rechtskraft nur so weit fähig sind, als über den durch Klage oder Widerklage erhobenen *Anspruch* entschieden ist. Damit wird die Rechtskraft auf den *Gegenstand des Klageantrags* beschränkt.[6]

Aus ähnlichen Gründen war streitig, ob die Entscheidung über eine *Einrede* Rechtskraft für die *Klage* habe, die sich auf *dasselbe Fundament* gründet. Nach der bisherigen C.P.O. § 293 sollte dies nur bei Entscheidungen über eine mittels Einrede geltend gemachte *Gegenforderung* der Fall sein.[7][8] Die neue Civilprozeßordnung hat dies noch weiter auf die Entscheidung beschränkt, daß die Gegenforderung *nicht* besteht.[9]

Was aber von Rechtswegen nicht eintritt, kann jede der Prozeßparteien durch besondere *Incidentfeststellungsklage* herbeiführen. Denn es kann bis zum Schlusse derjenigen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, der Kläger durch Erweiterung des Klageantrages, der Beklagte durch Erhebung einer Widerklage beantragen, daß ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältniß, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreites ganz oder zum Theile abhängt, durch richterliches Erkenntniß festgestellt werde.[10]

3. Die Urtheile enthalten zwei äußerlich gesonderte Theile:[11]

a) eine *Urtheilsformel* — Tenor, Decisum; dieser Theil stellt

---

3) Savigny Bd. 6 S. 350 ff., S. 429 ff.

4) R.O.H.G. Bd. 5 S. 84. Das R.G. Bd. 6 S. 415 legt diese Ansicht bei der Beurtheilung der Rechtskraft von Urtheilen zu Grunde, welche vor Inkrafttreten der C.P.O. ergangen sind.

5) Wetzell, Civilprozeß § 47 bei Note 94 ff.; Unger Bd. 2 S. 639.

6) Unbestritten ist auch dies nicht. Anderer Ansicht ist namentlich Klöppel a. a. O.

7) Vgl. R.G. Bd. 8 S. 105, siehe auch Bd. 7 S. 107.

8) Ueber die Rechtskraft, wenn Theile einer Forderung eingeklagt oder zur Kompensation gestellt sind, vgl. Schollmeyer im Archiv f. c. Pr. Bd. 76 S. 439 und dort Angeführte.

9) § 322 Abs. 2 der neuen Fassung.

10) C.P.O. § 280.

11) C.P.O. § 313 Ziff. 5.

das unmittelbar praktische Resultat fest, zu welchem der Richter gelangt, z. B.: „Beklagter wird für schuldig erklärt, 1000 Mark mit 5 % Zinsen zu zahlen", oder: „Kläger wird mit seiner Klage abgewiesen".

b) Außerdem giebt das Urtheil eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes unter Hervorhebung der gestellten Anträge — den Thatbestand —, woran sich die Entscheidungsgründe anschließen.

Viele betrachten die „Entscheidungsgründe" nur als eine Darlegung der Motive der richterlichen Entscheidung, welche in Folge dessen der Rechtskraft nicht bestimmt und nicht fähig seien. In der That aber nehmen die Entscheidungsgründe oft die Entscheidung über den eingeklagten Anspruch in sich auf, so daß sie nothwendig Rechtskraft gewinnen müssen. Denn die Redigirung der Urtheilsformel verfolgt bloß den Zweck, das unmittelbar praktische Ergebniß des Urtheils in kurzer Formulirung zu verkünden, und dies führt dazu, alle weiteren Entscheidungen in die Entscheidungsgründe zu verweisen. Waren z. B. 1000 eingeklagt und werden dem Kläger 500 in der Urtheilsformel zugesprochen, so ist damit festgestellt, was liquid und vollstreckbar ist. Ob aber ein bloßes Theilurtheil bezweckt ist, welches dem Kläger die weitere Geltendmachung des Restes nicht benimmt oder ob der Rest als nicht geschuldet abgesprochen wurde, das ergeben allein die Entscheidungsgründe. In letzterem Falle steht einer erneuten Klage auf den Rest die Einrede rechtskräftig entschiedener Sache entgegen. Sie stützt sich offenbar nicht auf die Urtheilsformel, welche hierüber nichts enthält, sondern auf die Entscheidungsgründe.[12]

4. Aus der Rechtskraft des Urtheils folgt, daß jeder neuen Klage, welche mit seinem Inhalt in Widerspruch steht, die Einrede der entschiedenen Sache entgegentritt.[13] Nicht minder kann aber auch das rechtskräftig Entschiedene als staatlich anerkannte Wahrheit spätere Klagen begründen.[14] Insbesondere können hierzu Urtheile über Feststellungsklagen dienen.[15]

12) Für die Gegenansicht beruft man sich vorzugsweise darauf, daß in der Reichstagskommission ein Satz des Regierungsentwurfes gestrichen wurde, welcher die Rechtskraft der Entscheidungsgründe ausdrücklich anerkannte. Dies bewirkte aber nur, daß die Frage eine offene blieb, vgl. Klöppel a. a. O. S. 31, Hellmann a. a. O. S. 333.

13) Ueber den Verzicht auf die Rechtskraft vgl. Bülow, absolute Rechtskraft des Urtheils, Arch. f. civ. Prax. Bd. 83 n. 1.

14) Dem römischen Rechte war dieser Satz fremd; Pfeiffer im Archiv für civ. Praxis Bd. 37 S. 261. Vgl. jedoch Windscheid Bd. 1 § 131 Anm. 1 und dort citirte Schriftsteller.

15) C.P.O. §§ 256, 280. Ist z. B. die negative Feststellungsklage des A., daß

§ 164. Wirkung des Urtheils für und gegen Dritte.

Das Urtheil wirkt nur für und gegen die Prozeßparteien, welche den Ausfall der Verhandlung mitbestimmen konnten.[1] Dritten schadet und nützt es in der Regel nicht.[2 3] Es wirkt jedoch über die Parteien hinaus:

a) im Falle einer Rechtsnachfolge. Und zwar hat es unbedingt Rechtskraft für und gegen Universalsuccessoren der Parteien.[4] Für und gegen ihre Singularsuccessoren wirkt es nur, wenn dieselben nach dem Beginn des Prozesses succedirten.[5]

b) Die Gutheißung einer fremden Prozeßführung über unsere Sache bindet uns an das auf Grund derselben erfolgte Urtheil. Solche Gutheißung wird unter anderem in der wissentlichen Duldung der fremden

---

B. nicht Erbe des X. sei, aus dem Grunde abgewiesen, weil B. der Erbe sei, so kann B. hierauf gestützt von A. Herausgabe der Erbschaft fordern.

1) Vgl. über dies Erforderniß der s. g. subjektiven Identität Savigny Bd. 6 S. 466; Binder, die subjektiven Grenzen der Rechtskraft. 1895; Fischer in Iherings Jahrb. Bd. 40 n. 5, Wach und Laband, zur Lehre von der Rechtskraft 1899. Wer ohne eigenes Interesse die eingeklagte Sache für die verurtheilte Prozeßpartei z. B. als Depositar inne hatte, unterliegt der Rechtskraft.

2) l. 2 C. quibus res judicata non nocet 7, 56 Imp. Gordianus. Res inter alios judicatae neque emolumentum adferre his, qui judicio non interfuerunt, neque praejudicium solent inrogare, ideoque nepti tuae praejudicare non potest quod adversus coheredem ejus judicatum est, si nihil adversus ipsam statutum est. l. 1 D. de exc. rei judicatae 44, 2, l. 22 D. eod. Strafrechtliche Urtheile haben keine bindende Kraft für den Civilrichter, Einführungsgesetz zur C.P.O. § 14 Ziff. 1. Aber sie können dessen Ueberzeugung bestimmen.

3) Urtheile, die für und gegen Vertreter gefällt sind, machen Rechtskraft für und gegen die Vertretenen. Dies gilt namentlich auch hinsichtlich gesetzlicher Vertretungen. Es gehören hierher Prozesse der Gemeinden wegen der Rechte und Pflichten, die Gemeindegenossen als solche haben, oben § 61 Anm. 12.

4) l. 28 D. h. t. 44, 2. Papinianus libro 27 quaestionum. Exceptio rei judicatae nocebit ei, qui in dominium successit ejus qui judicio expertus est, l. 9 § 2, l. 11 § 3, 9 D. h. t., l. 3 § 1 D. de pignoribus 20, 1.

5) Savigny Bd. 6 S. 270, vgl. Windscheid Bd. 1 § 132 Anm. 3, behauptete, es sei vorausgesetzt, daß das Urtheil vor dem abgeleiteten Erwerbe liege. Daß es aber darauf ankommt, ob der Erwerb vor oder nach der Klageerhebung geschah, bezeugt Ulpianus libro 75 ad edictum l. 11 § 10 D. h. t. 44, 2. Item si rem, quam a te petierat. Titius pignori Sejo dederit, deinde Sejus pigneraticia adversus te utatur, distinguendum erit, quando pignori dedit Titius: et si quidem antequam peteret, non oportet ei nocere exceptionem: nam et ille petere debuit et ego salvam habere debeo pigneraticiam actionem. sed si posteaquam petit, pignori dedit, magis est, ut noceat exceptio rei judicatae. Unerheblich ist, was Windscheid a. a. O. hiergegen vorbringt. Die l. 29 § 1 D. eod. Papinianus libro 11 responsorum steht hiermit nicht in Widerspruch, denn in dem entschiedenen Falle war das Pfandrecht gleichfalls vor dem Prozesse, welcher für den Verpfänder ungünstig ablief, bestellt; höchstens ist die Motivirung im Schlußsatz cum pignoris conventio sententiam praecesserit nicht ganz scharf. Die Streitfrage ist nunmehr durch § 325 C.P.O. der neuen Fassung zu Gunsten der hier vertretenen Auffassung erledigt.

Prozeßführung über eine Streitsache zu finden sein, die uns in erster Linie angeht.[6]

c) Das Urtheil macht Recht für und *gegen Jedermann* in Fällen, in welchen eine allgemein gültige Entscheidung über die Streitsache im *öffentlichen Interesse* liegt. Dies ist bei gewissen Statusprozessen der Fall.[7] Es hat insbesondere das dem angeblichen Vater gegenüber gefällte Urtheil über die Legitimität oder Illegitimität eines Kindes Rechtskraft für und gegen Jeden.[8] Das Gleiche gilt für das unter Ehegatten über die Gültigkeit der Ehe gefällte Urtheil.[9]

d) Die Eigenschaft als *Erbe*, welche man anderen Erbschaftsprätendenten gegenüber rechtskräftig erstritten hat, kann der Sieger Gläubigern und Vermächtnißnehmern gegenüber nicht verleugnen, wenn diese, gestützt auf jenes Urtheil, ihn als ihren Schuldner in Anspruch nehmen.[10] [11]

V. Schiedsrichterliche Entscheidung.

§ 165. Das römische Kompromiß.[1]

Die Parteien können durch *Schiedsvertrag* — *Kompromiß* — die Entscheidung ihrer Streitsachen freigewählten *Schiedsrichtern* — arbitri — übertragen.

Der Schiedsvertrag kann alle zwischen den Parteien obschwebenden Streitsachen umfassen — compromissum plenum[2] — oder sich auf einzelne Sachen beschränken. Bezüglich künftiger Rechtsstreitigkeiten ist er

---

6) l. 63 D. de re judicata 42, 1. Siehe hierüber Freudentheil im Archiv für civ. Praxis Bd. 42 n. 5, Binding ebendaselbst Bd. 47 n. 13, Binder a. a. O. §§ 8 ff.

7) Savigny Bd. 6 S. 472 ff.

8) l. 1 § 16, l. 2 D. de agnosc. liberis 25, 3, vgl. ferner l. 25 D. de statu hominum 1, 5. Wer aber die Vaterschaft für sich selbst in Anspruch nimmt, wird durch die Entscheidung in dem früheren Prozesse, an dem er nicht Theil nahm, nicht berührt, Regelsberger Bd. 1 § 198 Anm. 4. Vgl. C.P.O. §§ 640, 643.

9) C.P.O. § 629.

10) l. 50 § 1 D. de legatis I. Vgl. unten Bd. 3 § 96.

11) Der Umstand, daß ein Recht *Mehreren* ungetheilt zusteht oder Mehrere zusammen verbindet, bewirkt keineswegs nothwendig, daß der Prozeß, welchen *einer* der Gemeinschafter führt, Rechtskraft für oder gegen die anderen Betheiligten hat. Ueber l. 4 § 3, l. 19 D. de serv. 8, 5 siehe unten § 255 Anm. 7.

1) Tit. Dig. de receptis, qui arbitrium 4, 8, Cod. de receptis 2. 55. Keller, Institutionen S. 123; Weizsäcker, das römische Schiedsrichteramt 1879, Tüb. Inauguraldissertat.; Matthiaß, die Entwickelung des röm. Schiedsgerichts 1888; Mayer, schiedsr. Verf. 1888, Haijum, d. Schiedsvertrag, Tüb. Inauguraldiss. 1892.

2) l. 21 § 6 D. de receptis 4, 8. Der Ausdruck compromissum plenum wird von den Römern in verschiedenem Sinne gebraucht. In l. 31 in fine D. h. t. wird als compromissum plenum dasjenige bezeichnet, „quod et doli clausulae habet mentionem".

nur gültig, wenn er sich auf ein bestimmtes Rechtsverhältniß bezieht.[3] Es muß sich um Sachen handeln, über welche die Parteien frei verfügen können.[4]

Das Kompromiß entspringt aus dem Belieben der Parteien und hat also seinen Boden im Privatrechte; aber es greift zugleich in das öffentliche Recht ein, da der Rechtsweg eine staatliche Angelegenheit ist. Oeffentlichrechtliche Gesichtspunkte machen sich daher bei diesem Verhältniß neben privatrechtlichen geltend.[5]

Für das römische Kompromiß waren erforderlich:

1. gegenseitige Strafstipulationen verpflichtungsfähiger Parteien.[6] Die Strafe war für den Fall zuzusagen, daß sie sich dem Schiedsrichter nicht gehörig zur Verhandlung stellen[7] oder seinem Schiedsspruche nicht Folge leisten würden.[8]

2. Annahme — receptum — des Schiedsrichteramtes seitens der erwählten Schiedsrichter.[9]

Der Prätor versprach im Edikte, den Schiedsrichter zur Durchführung seines Amtes zu zwingen, wenn er sich demselben trotz der Uebernahme entziehen würde. Hierin bethätigte sich das öffentliche Interesse am Schiedsrichterinstitut.[10]

---

3) l. 46 D. h. t., deren Tragweite freilich bestritten ist; siehe Weißsäcker a. a. O. S. 47. Jetzt entscheidet C.P.O. § 1026 die Frage. Vgl. Wach, Civilprozeß Bd. 1 S. 68.

4) l. 32 §§ 6 und 7 D. h. t. 4, 8. C.P.O. § 1025. Ehesachen z. B. können nicht Gegenstand eines Kompromisses sein.

5) l. 1 D. h. t. Paulus libro 2 ad edictum. Compromissum ad similitudinem judiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet, vgl. l. 81 D. de judiciis 5. 1. Paulus sent. V 5a § 1, Weißsäcker a. a. O. Daß in Rom der Schiedsspruch in höherem Grade privatrechtliche Natur behielt, als dies heutzutage der Fall ist, erklärt sich leicht. War doch selbst im ordentlichen Prozesse das Vertragselement von vorwiegender Bedeutung.

6) Das Normale war Versprechen einer bestimmten Geldsumme, l. 3 § 2 D. h. t. Später genügte die beiderseitige Unterwerfung unter irgend einen Vermögensnachtheil für den Fall des Zuwiderhandelns gegen das Kompromiß. Ja die bloße Stipulation, dem Spruche zu gehorchen, reichte schließlich aus, da man im Falle des Zuwiderhandelns eine Klage auf das Interesse gab. l. 11 § 2 und 3, l. 27 § 7, l. 28 D. h. t. 4, 8. Dies alles lag im Rahmen des Institutes. Justinian aber schrieb dem eidlich bekräftigten Kompromiß in der l. 4 C. h. t. bindende Kraft zu, vgl. aber auch nov. 82 cap. 1. wo er den Gebrauch des Eides zu solchen Zwecken verbot. Er gab ferner dem Schiedsspruch Geltung, wenn ihn beide Parteien durch ihre Unterschrift anerkannten — laudum homologatum — und auch dann, wenn ihn kein Theil binnen zehn Tagen anfocht, l. 4 u. 5 C. h. t. Es waren dies Gesetze, die ganz abseits der Principien des römischen Schiedsrichterinstitutes lagen.

7) l. 27 §§ 4, 6 D. h. t., vgl. l. 21 §§ 8 ff. D. h. t.

8) l. 23 § 2, l. 27 § 1, l. 52 D. h. t.

9) l. 13 § 2 D. h. t. Als einen Vertrag mit den Parteien haben die Römer das arbitrium recipere nicht aufgefaßt.

10) Der Prätor edicirte: qui arbitrium pecunia compromissa receperit eum

Das Kompromiß hatte nur Geltung, wenn der erwählte Schiedsrichter zum Schiedsrichteramte fähig war. Es gab zahlreiche Gründe der Unfähigkeit.[11]

Trotz des Schiedsvertrages konnte der Kläger die Streitsache in Rom vor das staatliche Gericht bringen; aber er verfiel hierdurch in die Strafe des Kompromisses, dem er entgegengehandelt hatte.[12]

Auch das Urtheil des Schiedsrichters wurde nicht rechtskräftig. Fügte sich ihm aber eine der Parteien nicht, so verfiel sie in die stipulirte Strafe, welche bei den staatlichen Gerichten einzuklagen war. Diese hatten die Strafe zuzusprechen, wenn die Zuwiderhandlung der Partei gegen den Schiedsspruch feststand.[13] Die Gerichte untersuchten also nicht, ob der Schiedsspruch dem Rechte entsprach.[14] Hatte aber der Schiedsrichter dolos gehandelt, so stand der Klage auf die Strafe eine exceptio doli entgegen; hierin lag also bis zu einem gewissen Grade ein Ersatz der fehlenden Appellation gegen das schiedsrichterliche Urtheil.[15]

§ 166. Das Schiedsverfahren nach Reichsrecht.[1]

Die C.P.O. ordnet das Schiedsverfahren sehr abweichend vom römischen Rechte. Sie behandelt es in gesteigertem Maße als öffentliche Einrichtung. Die hauptsächlichen Sätze sind folgende:

1. Die Schiedsverträge waren gemeinrechtlich formlos. Die C.P.O beläßt es bei den Normen des bisherigen Rechtes bezüglich der Form.

---

sententiam dicere cogam. So Lenel, edictum perpetuum S. 103. l. 3 § 2, l. 15 D. h. t. Der Zwang geschah durch multa, l. 32 § 12 D. h. t.

11) Unfähig waren insbesondere Personen unter 20 Jahren, l. 41 D. h. t., Frauen, l. 6 C. h. t. 2. 55, Wahnsinnige, Taube, Stumme, l. 9 § 1 D. h. t., und der vom Prätor bestellte judex, l. 9 § 2 D. h. t.

12) l. 2 D. h. t. Ulpianus libro 4 ad edictum. Ex compromisso placet exceptionem non nasci sed poenae petitionem, l. 30 D. eod. Paulus libro 13 ad edictum ... poena committenda est lite apud judicem suo ordine peragenda.

13) Pauli sent. V 5a § 1. l. 1 C. h. t. 2, 55 Imp. Antoninus. Ex sententia arbitri ex compromisso jure perfecto aditi appellari non posse saepe rescriptum est, quia nec judicati actio inde praestari potest et ob hoc invicem poena promittitur, ut metu ejus a placitis non recedatur.

14) l. 27 § 2 D. h. t. Ulpianus libro 13 ad edictum. Stari autem debet sententiae arbitri, quam de ea re dixerit sive aequa sive iniqua sit: et sibi imputet qui compromisit. nam et divi Pii rescripto adicitur „vel minus probabilem sententiam aequo animo ferre debet".

15) l. 32 § 14 D. h. t. 4, 8.

1) C.P.O. §§ 1025 ff. und die Kommentare zur C.P.O. Wach, Civilprozeß Bd. 1 S. 64. Vgl. auch mein Preuß. Pr.Recht Bd. 1 §§ 142 ff. Die dort von mir hervorgehobenen Mängel der einschlägigen Bestimmungen der C.P.O. haben sich leider in der Praxis sehr fühlbar gemacht, vgl. Zeitschrift f. Civilprozeß Bd. 18 S. 506.

Jeder Theil ist aber befugt, die Errichtung einer Schrifturkunde über den formlosen Schiedsvertrag zu fordern.[2]

Die Schiedsverträge sind entweder perfekte oder imperfekte.

a) *Perfekte Schiedsverträge* enthalten die Bestellung *bestimmter* Schiedsrichter, sei es eines oder mehrerer.

b) *Imperfekte Schiedsverträge* vereinbaren zwar Entscheidung durch Schiedsrichter im *Principe*, bezeichnen aber die *Personen der Schiedsrichter nicht*. Solche Verträge waren dem römischen und kanonischen Rechte fremd.[3] Aber die gemeinrechtliche Theorie und Praxis erkannte sie überwiegend an.[4] Dies thut auch die C.P.O. Sie trifft daher Vorschriften, um die Bestellung der Schiedsrichter gegebenen Falls herbeizuführen.

In Ermangelung von Vertragsbestimmungen über die Weise der Wahl hat jede Partei einen Schiedsrichter zu ernennen.

Ist die Ernennung nach Vertrag oder Gesetz Sache der beiden Parteien, so hat der betreibende Theil dem anderen Theile den von ihm erwählten Schiedsrichter zu bezeichnen unter der Aufforderung, binnen einer Woche das Entsprechende zu thun. Bleibt dies fruchtlos, so ernennt das zuständige Gericht auf Antrag des betreibenden statt des zögernden Theiles den Schiedsrichter.[5]

2. Schiedsrichter können juristische[6] wie natürliche Personen sein. Sie müssen die natürliche Fähigkeit zum Urtheilen haben, daher sind namentlich Kinder und Geisteskranke unfähig.[7] Dies versteht sich von selbst auch unter der Herrschaft der C.P.O., obgleich sie dies nicht besonders bestimmt. Sie begnügt sich damit, den Parteien *Ablehnungsgründe* gegenüber vorgeschlagenen Schiedsrichtern offen zu stellen. Namentlich sind Minderjährige, Taube, Stumme und Ehrlose ablehnbar.[8]

2) C.P.O. § 1027. Der Abschluß braucht kein ausdrücklicher zu sein. Er geschieht z. B. durch stillschweigende Unterstellung eines Geschäftes unter Schlußscheinbedingungen, welche schiedsrichterliche Entscheidung vorsehen. — Letztwillige Verfügungen und Stiftungen können die schiedsrichterliche Entscheidung künftiger Streitigkeiten über ihren Inhalt anordnen. C.P.O. § 1048.

3) Ausdrücklich ist dies freilich für das römische Recht nicht ausgesprochen, allein es fehlt in den Quellen nicht an Andeutungen. Siehe Weizsäcker a. a. O. S. 7; dagegen freilich Windscheid Bd. 2 § 416 Anm. 15 und 17. Das kanonische Recht verwirft pacta de compromittendo in cap. 12 X. de arbitris 1, 47.

4) R.O.H.G. Bd. 3 S. 55.

5) C.P.O. § 1029.

6) D. h. die jeweiligen Vertreter. Auch auf *Behörden* kann kompromittirt werden. Vgl. R.G. Bd. 13 S. 407.

7) Selbstverständlich kann auch niemand „in eigener Sache" Schiedsrichter sein. Vgl. oben § 126 Anm. 9.

8) C.P.O. § 1032. Der Schiedsrichter kann ferner aus den Gründen abgelehnt werden, welche zur Ablehnung eines Richters berechtigen.

3. Die Uebernahme des Schiedsspruches ist Sache freien Beliebens der Schiedsrichter. Aber auch ein Zwang zur Durchführung des übernommenen Amtes durch die Obrigkeit besteht nicht.[9]

Vielmehr lösen sich perfekte Schiedsverträge durch ungebührliche Verzögerung des Schiedsrichters auf, bei imperfekten scheidet der zögernde Schiedsrichter aus, und es tritt das Ergänzungsverfahren ein.[10]

4. Der Schiedsrichter bestimmt die Form und den Gang des Verfahrens nach freiem Ermessen, soweit das Kompromiß hierüber keine Vorschriften enthält.[11] Der Richter muß aber beiden Theilen rechtliches Gehör verstatten, d. h. die Anführung und den Beweis aller zur Sache gehörigen Thatsachen.[12]

5. Bei Meinungsverschiedenheiten mehrerer Schiedsrichter entscheidet die absolute Mehrheit, sofern der Schiedsvertrag nichts anderes bestimmt. Bei Stimmengleichheit löst sich das Kompromiß auf, wenn der Schiedsvertrag keine Vorkehrungen für diesen Fall traf, insbesondere nicht die Ernennung eines Obmannes vorsah.[13] Das römische Recht hatte zweckmäßiger die Schiedsrichter verpflichtet, bei Stimmengleichheit einen Obmann zu ernennen, wenn der Schiedsvertrag nichts anderes bestimmt hatte.[14]

6. So lange das Kompromiß in Geltung ist, hat jeder Theil die prozeßhindernde[15] Einrede des Schiedsvertrags, wenn vom anderen Theile eine Entscheidung des ordentlichen Gerichtes über die Streitsache begehrt wird.

7. Der Schiedsspruch über die Streitsache wird rechtskräftig. Seine Vollstreckung setzt aber ein vorgängiges Vollstreckungsurtheil des zuständigen staatlichen Gerichtes voraus. Dieses Gericht hat zwar

---

9) A. M. Windscheid Bd. 2 § 417 Anm. 5.

10) C.P.O. §§ 1033, 1032 Abs. 2, 1031. R.G. Bd. 18 S. 369. Klage auf Schadloshaltung gegen den Schiedsrichter ist denkbar, wenn ihm ungebührliche Verzögerung zur Last fällt.

11) C.P.O. § 1034 Abs. 2.

12) C.P.O. § 1034 Abs. 1, 1041 Ziff. 4, vgl. aber auch § 1041 Abs. 2.

13) C.P.O. § 1038. Auch nach römischem Rechte entschied die Mehrheit der Schiedsrichter, l. 17 § 7, l. 27 § 3 D. h. t., doch scheinen manche Juristen Einstimmigkeit gefordert zu haben. Ein Nachklang dieser Ansicht ist die Behauptung Julians in der letzterwähnten Stelle, daß dann, wenn von 3 Schiedsrichtern einer auf 15, der andere auf 10, der dritte auf 5 verurtheile, das Urtheil auf 5 gehe. Dies stimmt mit dem Mehrheitsprincip keinesfalls. Folgerecht ist G.V.G. § 198 Abs. 2, welcher auch für Schiedsverträge maßgebend sein muß.

14) Die Ausführungen von Ulpian in l. 17 §§ 5 und 6 lassen freilich bis zum Schlußsatze nicht voraussehen, daß den Schiedsrichtern bei Stimmengleichheit die Wahl eines Obmannes obliege. Der Schlußsatz rührt schwerlich von Ulpian selbst her.

15) So nach § 274 Ziff. 3 der neuen Fassung der C.P.O.

die formelle Rechtsbeständigkeit, nicht aber die materielle Richtigkeit des Schiedsspruches zu prüfen.[16]

Siebentes Kapitel.

Sicherung von Ansprüchen.

§ 167. Kautionen und Missionen.[1]

Die Zwecke des Rechtes fordern, daß die Gerichte nicht bloß Rechtsstreitigkeiten entscheiden, sondern, wo es noth thut, Rechtsansprüche auch sichern.

Die Hauptmittel dieser Sicherung bildeten in Rom, den nationalen Anschauungen der Römer entsprechend,[2] stipulationes praetoriae, welche die Obrigkeit auflegte und erzwang. *Stipulationen zur Wahrung von Ansprüchen nannte man cautiones.*

1. Die prätorischen Stipulationen schlossen sich zum Theil an einen *anhängigen Rechtsstreit* an, dessen Resultat sie sichern sollten — judiciales; zum anderen Theile waren sie hiervon *unabhängig* — cautionales.[3]

Einige Kautionen wurden geschaffen, um Ansprüchen, welche an und für sich nicht klagbar waren, Klagbarkeit zu gewähren, so die cautio

16) C.P.O. § 1040 ff. Vgl. übrigens Wach a. a. O. S. 74. Ueber Nichtigkeit und Restitution siehe C.P.O. § 1041.

1) Tit. Dig. de stipulationibus praetoriis 46, 5; Schlayer, von den Kautionen im Civilprozesse in Lindes Zeitschrift neue Folge Bd. 9 n. 1, 7, 10; Schirmer, die prätorischen Judicialstipulationen 1853; Bekker, die Aktionen Bd. 2 S. 35.

2) Vgl. oben § 80.

3) l. 1 pr. D. h. t. 46, 5 Ulpianus libro 70 ad edictum. Praetoriarum stipulationum tres videntur esse species: *judiciales, cautionales, communes.* § 1. Judiciales eas dicimus, quae propter judicium interponuntur, ut ratum fiat, ut judicatum solvi et ex operis novi nunciatione. § 2. Cautionales sunt autem, quae instar actionis habent, et, ut sit nova actio, intercedunt, ut de legatis stipulationes et de tutela et ratam rem haberi et damni infecti. § 3. Communes sunt stipulationes, quae fiunt judicio sistendi causa. Wie Bekker a. a. O. S. 38 mit Recht annimmt, werden diese Stipulationen communes genannt, weil sie bald in jure bald extra jus geschlossen wurden. Die Terminologie, welche Ulpian hier zu Grunde legt, ist eine andere, als die von Pomponius libro 26 ad Sabinum l. 5 pr. D. de verb. obl. 45. 1. Pomponius unterscheidet erstens praetoriae, zweitens judiciales und endlich communes praetoriae et judiciales stipulationes. Unter prätorischen versteht er die vom Magistrat, unter judiciellen die vom judex aufgelegten Stipulationen; communes sind ihm diejenigen, welche beim Magistrat und beim judex vorkommen. Die Terminologie von Pomponius haben die Institutionen de divisione stipulationum 3. 18 aufgenommen. Beachtet man die Verschiedenheit nicht, so ist Verwirrung unausbleiblich.

damni infecti; andere verliehen klagbaren Ansprüchen ein weiteres Rechtsfundament und erhöhte Sicherheit. Ein Beispiel bildet die cautio legatorum servandorum causa zum Schutze von Legaten, die nicht sofort auszahlbar waren.

Durch Kaution geschützt wurden vorzugsweise künftige und ungewisse Ansprüche; seltener sind Kautionen für bereits festbestimmte Rechtsansprüche.

2. Die cautio bestand manchmal aus einer einfachen Stipulation — nuda repromissio — d. h. es promittirte nur derjenige, gegen welchen sich der zu sichernde Anspruch richtete. Meist aber mußte sie durch Bürgen versichert werden — satisdatio.[4] Wann bloße Repromission, wann Satisdation zu leisten war, bestimmte der Prätor nach dem Bedürfnisse und auf Grund dessen, was er nach dem Rechtsgefühle dem Inanspruchgenommenen zumuthen durfte.[5]

3. Für die Erzwingung der Kaution gab es verschiedene Wege.

Nicht selten knüpfte man die Verwirklichung von Rechten an die vorgängige Leistung einer Kaution, so daß man sie zur Bedingung der Ausübung jener Rechte machte.

Häufig erzwang man sie durch Bedrohung mit Einweisung in Vermögen des Kautionspflichtigen — missio in possessionem. Mittels derselben ermächtigte der Magistrat den Gläubiger, sich zur Sicherung seines Anspruches in die Innehabung des gesammten Vermögens oder einzelner Bestandtheile des Vermögens des Verpflichteten zu setzen. Die Besitzergreifung gab dem Gläubiger prätorisches Pfandrecht.[6]

4. Im heutigen Rechte sind die römischen Grundsätze über Kautionsleistung zum Theil umgebildet, zum Theil veraltet.

a) Auch heutzutage hat der Richter nicht selten eine Kautionspflicht zur Geltung zu bringen; bald im Anschluß an einen anhängigen Rechtsstreit,[7] bald unabhängig von einem solchen. Die Kaution geschieht aber nunmehr vorzugsweise durch Pfand, insbesondere durch Faustpfand an Geld oder an Werthpapieren.[8]

---

4) l. 1 § 5 D. h. t. 46, 5. Ulpianus libro 70 ad edictum: Stipulationum autem praetoriarum quaedam sunt, quae satisdationem exigunt, quaedam nudam repromissionem: sed perpaucae sunt, quae nudam promissionem habent.

5) Bekker a. a. O. S. 43 bemerkt, daß Ulpian „kein Princip" der Unterscheidung anzugeben wisse. Das Maß der Sicherung können aber nicht Principien, sondern nur praktische Erwägungen bestimmen.

6) Ueber die Missionen siehe Näheres in der Lehre des Pfandrechtes.

7) Es gehört hierher die Kaution wegen der Prozeßkosten, welche Ausländer zu leisten haben, die als Kläger auftreten, C.P.O. § 110.

8) Näheres B.G.B. § 232 ff., siehe auch C.P.O. § 108. Auch s. g. eidliche Kaution kennt das justinianische Recht. Die ältere gemeinrechtliche Praxis begnügte

b) Die Kautionsstellung wird noch immer häufig dadurch erzwungen, daß sie zur Bedingung der Geltendmachung von Rechten gemacht wird. In anderen Fällen hat der Kautionsberechtigte auf die Kautionsbestellung zu klagen. Einweisung in das Vermögen des Kautionspflichtigen zur Erzwingung der Sicherheit kommt nicht mehr vor.[9]

§ 168. Der Arrest und die einstweiligen Verfügungen.[1]

Der heutige Richter sichert gefährdete Rechte vorzugsweise durch Arreste und einstweilige Verfügungen.

1. Der Arrest, dem römischen Rechte fremd,[2] wurzelte in deutschrechtlichen Anschauungen,[3] erhielt seine Ausbildung durch die gemeinrechtliche Praxis und ist jetzt durch die Reichsgesetzgebung eingehend geregelt. Er geschieht hiernach zur Sicherung eines jetzigen oder zukünftigen Geldanspruches.

Der Arrest ist entweder ein persönlicher oder ein dinglicher.

a) Der persönliche Arrest bezweckt Festhaltung des Schuldners, beschränkt also dessen Freiheit durch Haft oder andere Maßnahmen.

b) Der dingliche Arrest besteht in der Beschlagnahme von Vermögensobjekten. Nach gemeinem Rechte legte der Arrest dem Schuldner nur eine Beschränkung in der Verfügung über die arrestirten Objekte auf, erzeugte aber kein Vorzugsrecht des Arrestlegers vor anderen Gläubigern, deren Forderungen bereits bestanden. Nach dem Reichsrechte hingegen begründet der Arrest ein Pfandrecht zu Gunsten des Arrestlegers.[4]

Die Anordnung des Arrestes geschieht durch den Richter, wenn ihm der zu sichernde Anspruch sowie der Arrestgrund — causa arresti —, d. h. die Gefahr der Vereitelung oder der erheblichen Erschwerung der künftigen Zwangsvollstreckung glaubhaft gemacht werden. Die Voll-

---

sich mit solcher auch in anderen Fällen, wenn bessere nicht zu beschaffen war. Sie fand hierin ein Mittel, um harte Kautionsanforderungen des römischen Rechtes, z. B. an den Nießbraucher, durch solche Scheinkautionen zu beseitigen, vgl. bei Seuff. A. Bd. 15 n. 105 Citirte.

9) Siehe übrigens Meibom im Archiv für civ. Pr. Bd. 72 S. 103.

1) Mevius de arrestis 1646; Wach, der Arrestprozeß in geschichtlicher Entwickelung I. der ital. Arrestprozeß 1868. — C.P.O. §§ 916 ff. Von der reichen neueren Litteratur heben wir hier nur hervor Johannes Merkel, über Arrest und einstweilige Verfügungen 1880, Dorendorf, Arrest u. einstw. Verf. 2. Aufl. 1884.

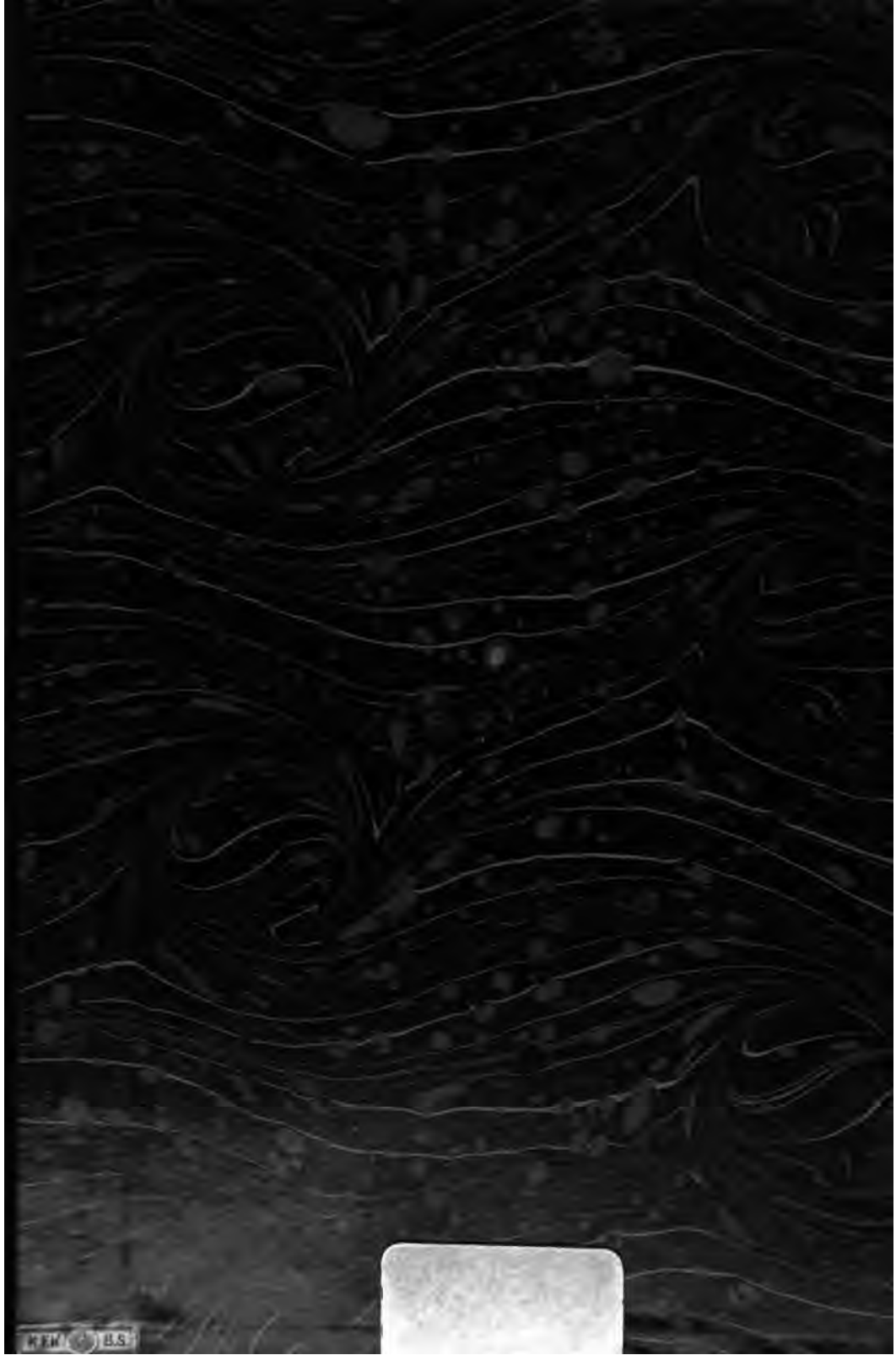
2) Vgl. übrigens Muther, Sequestration und Arrest im römischen Recht 1856.

3) Meibom, das deutsche Pfandrecht 1867 S. 114 ff.

4) C.P.O. § 930. Auch nach älterem deutschen Recht gab der Arrest ein Pfandrecht, vgl. Meibom a. a. O. S. 176. Ueber Immobiliararrest vgl. Meibom im Archiv f. civ. Praxis Bd. 72 n. 9, C.P.O. § 932.

ziehung des dinglichen Arrestes erfolgt mittels Pfändung durch den Gerichtsvollzieher. Sie begründet das Pfandrecht für den Fall, daß die Forderung, welche gesichert werden soll, wirklich besteht und nachträglich die Vollstreckbarkeit erhält.[5] Der Arrestleger nimmt sich also hier die Kaution, sie wird ihm nicht, wie die römische cautio, durch den Schuldner in Folge der obrigkeitlichen Einwirkung gestellt.

2. Unvorgreiflich künftiger rechtskräftiger Entscheidung sichern die einstweiligen gerichtlichen Verfügungen vorläufig eine angemessene Ordnung, indem sie theils Erhaltung bestehender Zustände, theils vorläufige Regelung eines streitigen Rechtsverhältnisses bezwecken. Sie treffen Gebote z. B. Reichung von Alimenten, oder Verbote z. B. der Veräußerung oder der Verpfändung einer Sache oder der Rückhaltung von Sachen eines Miethers. Ein Pfandrecht begründen sie nicht.

Sie können unter anderem eine Sequestration anordnen d. h. Unterbringung einer Sache oder einer Person bei einem Nichtbetheiligten, so daß dieselbe nach Entscheidung des Streites in der Hauptsache dem Sieger herauszugeben ist.

5) In Folge des Pfandrechtes ist jede rechtliche Verfügung des Arrestaten über die arrestirten Objekte ohne Nachtheil für den Arrestleger. Gefährdende thatsächliche Verfügungen sind in Folge der an die Vollziehung des Arrestes geknüpften Beschlagnahme verboten und werden in Gemäßheit des Strafgesetzbuchs § 137 bestraft.